D om Pedro Primeiro por graça de Deos e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpetuo do Brasil: Fazemos saber a todos os Nossos Subditos que a Assembléa Geral Decretou, e Nós Queremos a Lei seguinte:

Art. 1.º Crear-se-hão dous Cursos de Sciencias Juridicas, e Sociaes, hum na Cidade de S. Paulo e outro na de Olinda, e nelles no espaço de cinco annos e em nove Cadeiras, se ensinarão as materias seguintes:

. . . .

Dada no Palacio do Rio de Janeiro aos onze dias do mez de Agosto de mil oitocentos e vinte-sete, Sexto da Independencia e do Imperio.

Imperador

Visconde de S. Leopoldo.

AMAURI MASCARO NASCIMENTO

À eminente Profa.
Dra. Nair Lemos Gonçalves,
com o respeito e a admiração de
Amauri M. Nascimento

COMPÊNDIO DE DIREITO DO TRABALHO

EDUSP

FICHA CATALOGRÁFICA

(Preparada pelo Centro de Catalogação-na-Fonte,
Câmara Brasileira do Livro, SP)

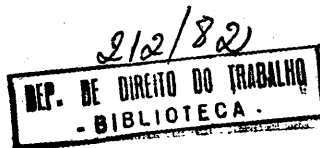
Nascimento, Amauri Mascaro, 1932-
N193s Compêndio de direito do trabalho. 2ª ed. atualizada. São Paulo, LTr, Ed. Univ. S. Paulo, 1976.
p.

Bibliografia.

1. Direito do trabalho 2. Direito do trabalho — Brasil I. Título.

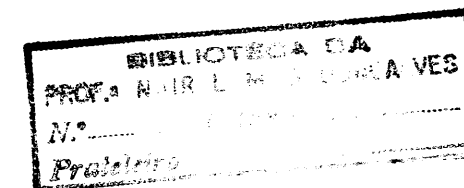
CDU-34:331
76-0360 -34:331 (81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil: Direito do trabalho 34:331 (81)
2. Direito do trabalho 34:331
3. Direito trabalhista 34:331

LTr
EDITORA LTDA.
Rua Xavier de Toledo, 114 - 1.º andar - Fones: 36-1724 e 32-7564 - São Paulo

1976

AMAURI MASCARO NASCIMENTO

— Professor Livre-docente de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
— Professor Titular de Direito do Trabalho das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo.
— Professor Contratado de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
— Juiz Presidente da 1ª Junta de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho de São Paulo.
— Acadêmico Titular da Cadeira nº 30 da Academia Paulista de Direito.
— Membro do Instituto de Direito Social de São Paulo.
— Membro do Instituto de Direito do Trabalho de São Paulo.

A concessão de benefícios acidentários de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e pensão excluem os correspondentes benefícios previstos na legislação previdenciária.

15. CUSTEIO

O custeio das prestações por acidentes de trabalho é feito mediante a captação de recursos segundo o seguinte programa: a) contribuição das empresas, no valor de 0,4% (quatro décimos por cento) da folha de salários-de-contribuição dos seus empregados a 0,8% (oito décimos por cento) conforme a natureza da atividade, com algumas variações.

16. INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

PAUL PIC, **Traité E'lémentaire de législation industrielle,** 1904.

LANGLOIS, **Précis d'hygiène publique et privée,** 1910.

DULLIN, **L'hygiène et sécurité des travaiellers,** 1903.

MARTIAL, **Hygiène des travaiellers,** 1907.

CABANELLAS, **Derecho de los riesgos del trabajo,** Omeba, 1968.

SIMONIN, **Medicina del Trabajo,** Barcelona, 1959.

AUGUSTA BARBOSA DE CARVALHO RIBEIRO e outros, **Direito do Trabalho,** Atlas, 1971.

O.I.T., **La O.I.T. y la Seguridad y Higiene del Trabajo,** Genebra, 1969.

ALVINO LIMA, **Da culpa ao Risco,** RT., 1938.

RAFAEL BIELSA, **La culpa en los accidentes del trabajo,** Buenos Aires, 1926.

GARRETA PRATS, **Manual de Previdência Social e Acidentes de Trabalho,** Atlas, 1971.

NAIR LEMOS GONÇALVES, **Acidente do Trabalho: Investimento e Prevenção de Marginalidade, in** "Ciência e Cultura", vol. 27.

CAPÍTULO XXV

ESTABILIDADE

1. CONCEITO

Estabilidade é o direito do trabalhador de permanecer no emprego mesmo contra a vontade do empresário, enquanto inexistir causa relevante que justifique sua despedida (1).

Além dessa acepção restrita, em um sentido mais amplo, *estabilidade é o conjunto de medidas, previstas na ordem jurídica, destinadas a dificultar a extinção do contrato de trabalho ou a atribuir certas vantagens ao trabalhador destituído do emprego,* tais como indenizações, aviso prévio, etc.

Portanto, estabilidade não significa um direito incondicional, absoluto e permanente ao emprego, mas apenas uma garantia de permanência em condições normais e razoáveis.

DEFINIÇÕES

CABANELLAS (Compendio de Derecho Laboral, ed. Omeba, 1968, vol. I, pág. 703): "Cabe definir a estabilidade absoluta como o direito do trabalhador para

(1) RUSSOMANO, **A Estabilidade do Trabalhador na Empresa,** Ed. Konfino, 1970, pág. 14.

conservar seu posto enquanto o desejar e o empregador carecer de causa justa para poder despedi-lo."; RODOLFO A. NÁPOLI (Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ed. La Ley, 1969, pág. 119): "Em um sentido amplo, a estabilidade consiste no direito do trabalhador de se manter no emprego enquanto não medeie nenhuma das justas causas de rescisão contratual."; MARIO L. DEVEALI (Lineamientos de Derecho del Trabajo, ed. TEA., 1956, pág. 315): "A estabilidade, no sentido próprio, consiste no direito do empregado de conservar o posto durante toda a vida laboral (ou seja, no caso de existirem aposentadorias ou pensões por velhice e incapacidade, até quando adquirir o direito à aposentadoria ou pensão), não podendo ser declarado cessado antes do referido momento, senão por algumas das causas taxativamente determinadas. Do ponto de vista jurídico o contrato de trabalho com direito à estabilidade apresenta-se, pois, como um contrato por tempo determinado, no qual o término coincide com o momento em que o trabalhador logra a idade prevista para adquirir o direito à aposentadoria ou pensão, ou a fixada pelo ordenamento jurídico geral ou especial, como limite máximo para sua prestação laboral."; BARASSI (Il Diritto del Lavoro, Giuffrè, 1949): "A estabilidade não é senão uma permanência mais energicamente garantida, porquanto mediante ela o trabalhador encontra-se mais solidamente incorporado à empresa."; JUAN D. POZZO (Manual Teorico Practico de Derecho del Trabajo, Ediar, 1961, pág. 412): "Na doutrina e na legislação modernas, fala-se de uma restrição imposta ao empregador para despedir os seus empregados; diz-se que existe um direito à estabilidade no emprego e até um direito de propriedade sobre este"; ERNESTO R. KATZ (La estabilidad en el empleo, Depalma, 1957, pág. 3): "Entendemos por estabilidade, conforme DEVEALI, o direito do trabalhador de conservar o posto durante toda sua vida laboral, não podendo ser declarado cessante antes de dito momento, senão por causas taxativamente determinadas."

A doutrina considera a estabilidade um direito subjetivo do trabalhador na defesa do mais valioso bem jurídico de que dispõe como tal, o seu emprego, meio de subsistência própria e familiar.

Na Alemanha, a despedida de um trabalhador com mais de seis meses de serviços contínuos na mesma empresa e que tenha 20 anos de idade é juridicamente ineficaz se destituída de **justificação social**. No México, a lei dispõe: "Se no juízo competente não comprova o patrão a causa da rescisão, o trabalhador terá direito de escolher ou a reintegração no trabalho que executava, ou uma indenização igual a três meses de salário. Terá ainda direito, qualquer que seja a ação intentada, aos salários vencidos desde a data da despedida até que se cumpra a decisão definitiva proferida pela Junta de Conciliação e Arbitragem". O patrão ficará isento da obrigação de reintegrar o trabalhador, mediante o pagamento das indenizações previstas, quando se trate de trabalhadores que tenham antigüidade menor de dois anos, quando provar perante a Junta de Conciliação e Arbitragem que o trabalhador, em razão do trabalho que presta ou pelas características de suas funções, está em contato direto e permanente com ele e a Junta considerar, levando em conta as circunstâncias do caso, que não é

possível o desenvolvimento normal da relação de trabalho e quando se tratar de aprendizes, empregados de confiança, domésticos e trabalhadores eventuais.
Em outros sistemas jurídicos, a estabilidade é assegurada a determinadas categorias profissionais, como na Argentina com os bancários que não podem ser despedidos após seis meses de serviço.
Nos Estados Unidos não existem disposições legais regulando a estabilidade, porém as convenções coletivas de trabalho podem garantir aviso prévio ou salário-desemprego, de duração e valor variáveis segundo as negociações desenvolvidas em cada categoria.
Na França não há a estabilidade absoluta, mas a relativa através de disposições legislativas garantindo reintegração do empregado nos casos de acontecimentos de guerra, serviço militar, bem como estalecendo-se um sistema amplo de suspensões do contrato de trabalho e de reparações indenizatórias nos despedimentos do trabalhador.
Na Bélgica, a reintegração no emprego é garantida aos delegados sindicais e aos candidatos em eleições sindicais.
Na Rússia, o diretor da empresa pode dar por rescindido o contrato de trabalho, em especial quando o despedimento se fizer necessário por motivos de produção, porém o Tribunal tem poderes de reintegrar o trabalhador se não houver justo motivo para a rescisão do contrato sindicais e aos candidatos em eleições sindicais.

2. DOUTRINA

Ao trabalhador deve ser assegurada a continuidade do contrato de trabalho, quer porque ao incorporar-se na empresa adquire *propriedade do emprego,* como diz RIPERT; quer porque *é legítima a sua pretensão de continuidade correlata com os fins permanentes da empresa,* como ensina CABANELLAS, quer porque o emprego é o meio para garantir-lhe a subsistência; quer porque a estabilidade é arma de combate ao desemprego; quer porque os fins sociais da empresa moderna a exigem.
A estabilidade fere a liberdade contratual das partes e, especialmente, do empregador em despedir e é fraudada, na prática, pelos despedimentos antecipados e obstativos; o trabalhador estável acomoda-se e se torna desidioso; estes são os seus aspectos negativos.

A opinião predominante dos juristas, no entanto, é favorável a essa instituição.

DESPONTIN reúne, como argumentos que a justificam a garantia de percepção do salário do trabalhador, única fonte de ingressos econômicos, pessoal e familiar; a maior tranqüilidade que traz para a normalidade das relações trabalhistas e, conseqüentemente, o aumento da produção; e a possibilidade de maior especialização profissional do trabalhador e sua maior capacitação para o desempenho

de um cargo. Razões contrárias à instituição da estabilidade, são o verdadeiro direito de propriedade sobre o cargo, trazendo abusos e estancamento de indivíduos em funções para as quais não têm aptidão ou condições profissionais; a falta de estímulo que permite o progresso do trabalhador; o desaparecimento da autonomia e do poder discricionário do empregador que ao submeter-se à existência da permanência de um pessoal não apto ou desnecessário, impede a transformação empresária e sua evolução para outras atividades produtivas.

NÁPOLI (2) sustenta que "a estabilidade, se bem que do ponto de vista econômico pode resultar incompatível com o desenvolvimento — pois este exige contínuos deslocamentos e modificações em todas as ordens, especialmente quanto ao elemento humano — sob o prisma da justiça social não se pode prescindir dela, considerado que o fim último a que se propõe é lograr a segurança e o bem-estar de cada indivíduo".

Para CABANELLAS (3) "se ao empregado público deu-se a estabilidade no emprego por razão de continuidade dos fins do Estado, é dado admitir também que, sendo permanentes os fins da empresa, porquanto está destinada essencialmente a produzir, deve dar-se ao trabalhador, incorporado a essa produção, a necessária estabilidade no emprego".

DESPAX (4) entende que "todo melhoramento real da condição dos assalariados supõe, doravante, o funcionamento de uma política de estabilidade no emprego que, se não suprimir, pelo menos atenue o sentimento de insegurança que invade o trabalhador ameaçado da perda de seu ganha-pão, de uma hora para outra. Trata-se, sem dúvida alguma, de uma das constantes do moderno direito do trabalho. Tecnicamente, o problema proposto pelo reforço do laço contratual que une o empregador ao assalariado, é de difícil solução. A estabilização da relação contratual não poderia ser obtida, em caso algum, contra a vontade dos próprios interessados. Tampouco poderia ser feita abstração dos imperativos de ordem econômica que se opõem a uma estabilidade completa da mão-de-obra".

Para MARIO DE LA CUEVA (5), "a estabilidade dos trabalhadores em seus empregos é problema presente do direito do trabalho, porque é um suposto necessário para a realização da segurança social. Se o homem tem o dever, mas também o direito de trabalhar; se a sociedade tem o dever de proporcionar a cada trabalhador uma ocupação que permita conduzir uma existência em harmonia com a dignidade da pessoa humana; e se, finalmente, na

(2) **Op. cit., pág. 120.**

(3) **Op. cit., pág. 705.**

(4) **Le droit du travail,** trad. "O Direito do Trabalho", Difusão Européia do Livro, 1968, pág. 39.

(5) **Op. cit., pág. 755.**

medida em que a sociedade não satisfaça essa obrigação, tem o dever de facilitar ao trabalhador os recursos necessários para sua subsistência, parece-nos indubitável que a estabilidade nos empregos tem que ser um dos pilares da segurança social".

DEVEALI (6) ensina que "a estabilidade constitui uma aspiração de amplos setores de trabalhadores, que se propõe conseguir mediante ela, certa segurança no emprego. Trata-se de evitar os despedimentos arbitrários, decorrentes de meros caprichos ou por motivos extremamente fúteis, que de um dia para outro podem levar o trabalhador e sua família à miséria e ao desespero. A estabilidade importa, com a segurança do trabalho, a do salário correspondente, que é o fator mais importante para a tranqüilidade do trabalhador e de sua família".

KROTOSCHIN (7) escreve que "é notável a tendência para estabilizar a relação de trabalho. Facilita-se a manutenção do vínculo apesar de possíveis inconvenientes de ordem econômica ou disciplinar, mediante a instituição da suspensão do contrato, reduzindo, desse modo, os casos de dissolução... A idéia da estabilidade penetrou no direito laboral moderno como um dos seus fatores mais importantes e fecundos. Sua realização paulatina, tècnicamente aperfeiçoada, evitando excessos, poderá servir eficazmente para o progresso ulterior do direito do trabalho".

Para ERNESTO R. KATZ, "as vantagens da estabilidade para ambas as partes sociais superam os inconvenientes que talvez poderiam resultar dela. Ademais, a estabilidade real dá mais tranquilidade econômica e espiritual ao obreiro e sua família. Para obrigá-lo a produzir, segundo o conteúdo do contrato de trabalho, os patrões não necessitam da sua instabilidade, porquanto a jurisprudência admite o despedimento sem indenização em caso de pouco rendimento, ausência ou falta de vontade no trabalho. Finalmente, é necessário melhorar as relações humanas nos estabelecimentos, por todos os meios aptos e razoáveis; a estabilidade em sentido próprio representa um deles e impede despedimentos arbitrários e caprichosos".

PINTO ANTUNES (8) entende que a estabilidade representa um excesso de proteção e é contraproducente porque elimina o eficaz estímulo a uma colaboração útil e fecunda derivado da possibilidade de despedimento.

Para CESARINO JÚNIOR (9) as objeções e críticas à estabilidade não passam de verbalismos e a defesa da instituição é feita com base nos seguintes fundamentos: a) não há provas de que a estabilidade diminui a produtividade; b) a desídia do empregado

(6) **Op. cit., pág. 521.**

(7) **Tratado Práctico de Derecho del Trabajo,** Depalma, 1962, vol. I, pág. 536.

(8) **Os direitos do homem no regime capitalista,** São Paulo, 1947, pág. 64.

(9) **Estabilidade e fundo de garantia,** Forense, 1968.

pode ser punida com o seu despedimento; c) é natural uma ligeira restrição nas atividades das pessoas mais idosas; d) a melhor maneira de evitar as despedidas obstativas é garantir a estabilidade ao empregado com um ano de serviço ou menos, isto é, apenas transposto o período de experiência; e) o homem deve ser o fim das atividades do próprio homem e não o meio para a produtividade como um fim, o que leva à estabilidade; f) a estabilidade é justificada por um *fundamento filosófico*, como resulta dos ensinamentos de João XXIII (Mater et Magistra, ns. 73 e 74), porque "é completamente falso atribuir-se ao capital ou só ao trabalho aquilo que se obtém com a ação conjunta de um e de outro, e é também de todo injusto que um dêles, negando a eficácia da contribuição do outro, se arrogue somente a si tudo o que se realiza"; por um *fundamento psicológico*, dada a necessidade do elemento segurança no moral dos empregados; por um *fundamento sociológico*, dada a necessidade social de reconhecer e encorajar a permanência no emprego; por um *fundamento econômico*, porque a antigüidade dos empregados também é fator de aumento de produtividade das empresas; por um *fundamento político*, porque a estabilidade é um fator de coesão social e política, levando a integração do empregado à empresa e tornando-o aliado da sua sorte; e por um *fundamento jurídico*, pois o direito de despedir o empregado não é absoluto.

CATHARINO [10] sustenta que "a estabilidade é, no plano das relações singulares de trabalho, o mais característico instituto do direito do trabalho. Se, por um lado, não limita nem de leve, a demissão, por outro, favorece a segurança econômica do empregado. Em síntese, a estabilidade facilita a liberdade real".

3. A ESTABILIDADE COMO DIREITO-MEIO

A estabilidade é um *direito-meio* e não um *direito-fim*.

É o meio de obrigar o respeito do empregador por outros direitos trabalhistas do empregado, no curso do contrato de trabalho.

É uma condição de realização desses inúmeros direitos lesados, cuja reparação judicial nem sempre pode ser intentada pelo trabalhador, sob pena de perder o emprego.

As partes não estão no mesmo nível, numa relação de emprego, daí dizer-se que a legislação trabalhista visa dispensar uma proteção jurídica capaz de compensar a desigualdade econômica entre empregado e empregador.

Esse desnível não é cerebrino, mas real, concreto.

A experiência mostra, com maior freqüência do que se possa supor, que o empregado muitas vezes é despedido por meras razões de capricho ou de vingança. É o que ocorre quando testemunhar numa reclamação trabalhista de colega. Também pode acontecer

(10) Em defesa da Estabilidade, LTr. Editôra, s/d.

nos casos de pedido de aumento de salário, ou protesto contra a alteração de função, ou de recusa de serviços alheios ao contrato etc.

Se o empregado precisa do emprego e do salário, o que é normal, ingressar com ação judicial para a manutenção ou a reparação dos seus direitos violados é uma temeridade. Sujeita-se ao despedimento e com isso sofre a sanção maior, de natureza alimentar, a perda dos seus meios de subsistência.

Assim, ou se conforma com a situação ilícita e prejudicial, ou contra ela reclama, pondo em jogo a própria continuidade da relação de emprego; nenhuma dessas hipóteses é desejável.

Nessas condições, a estabilidade, logo nos primeiros meses, como propõem alguns autores, é uma condição de realização dos direitos do trabalhador.

De nada adianta a legislação dispensar uma proteção ideal e utópica ao empregado, se não cercá-lo das garantias necessárias para que possa válida e eficazmente por elas protestar e agir judicialmente sempre que necessário e sem o risco de ser despedido.

A estabilidade, portanto, é fundamental para o Direito do Trabalho, meio necessário e absolutamente indispensável para o seu desenvolvimento e sedimentação. Sem ela, há uma ilusória impressão de observância da ordem jurídica. A lei trabalhista não cumpriria os seus fins.

4. NATUREZA JURÍDICA

Dentre as orientações propostas pela doutrina, para explicar a natureza jurídica da estabilidade, encontram-se as seguintes:

a) *Estabilidade como Direito Previdenciário*

A estabilidade é entendida como um direito consentâneo com os benefícios previdenciários, com os quais se acharia em íntima conexão, de modo a se ligarem, a estabilidade e as aposentadorias do empregado, formando um só processo contínuo de garantia econômica dos ingressos alimentares do trabalhador. Assim, cessaria a estabilidade com o início das aposentadorias. Visa-se, dessa forma, a preservação do salário e dos meios de subsistência do trabalhador. Seria um instrumento de segurança social.

b) *Estabilidade como contrato de duração determinada*

A estabilidade é entendida, também, como um contrato de trabalho de duração determinada, cujo termo final coincide com o momento no qual o trabalhador adquire a idade prevista para a sua aposentadoria [11].

(11) Deveali, op. cit.

c) *Estabilidade como direito real de propriedade*

Parte do pressuposto de que a propriedade da empresa pertence em parte ao Trabalho, havendo um verdadeiro direito de propriedade do trabalhador sobre o emprego. Assim, o despedimento do empregado seria um ato lesivo desse direito de que a estabilidade é mera decorrência. "O emprego seria um bem sobre o qual o empregado teria um direito real, dito absoluto, de eficácia universal (*erga omnes*), oponível a qualquer pessoa, exercido por seu titular, o empregado, direta e imediatamente sobre a "coisa". *Jus in re,* e não *in personam*" ([12]).

d) *Estabilidade como direito institucional*

Como a empresa é considerada, pelo institucionalismo, de modo muito particular, isto é, como uma instituição, a estabilidade, segundo essa corrente do pensamento, é uma realidade decorrente dessa estrutura. A instituição pressupõe uma certa fixação, uma organização hierarquizada, permanecendo como idéia inserida e positivada no grupo social. O empregado participa da instituição, da qual não deve ser afastado sem razões relevantes. A estabilidade "opõe-se ao que é instável, transitório ou temporário" ([13]).

e) *Estabilidade como direito constitucional optativo*

LAMARCA entende que no Brasil a estabilidade "é, hoje em dia, direito constitucional optativo". A Constituição assegura ao trabalhador estabilidade, com indenização, ou fundo de garantia equivalente ([14]).

f) *Estabilidade como direito ao emprego*

A estabilidade tem um fim, "garantir a permanência do trabalhador em seu emprego" ([15]).

Cria a persistência do vínculo jurídico e não a sua substituição por créditos ou indenizações, salvo em situações excepcionais. Assim, a natureza jurídica da estabilidade é a de um direito subjetivo conferido ao empregado no sentido de atribuir-lhe o poder de permanecer no emprego.

ESTABILIDADE E INAMOVIBILIDADE

Estabilidade não se confunde com **inamovibilidade.** Esta, como frisa CATHARINO, exalta a estabilidade (16).

Inamovibilidade é o direito de não ser removido do cargo, a não ser por iniciativa própria, por força de lei ou do contrato. Nas relações jurídicas trabalhistas as transferências ou alterações devem ser bilaterais e não prejudiciais (art. 468, C.L.T.). Estabilidade é direito ao emprego, portanto mais amplo. Assim, o direito à função (inamovibilidade) e o direito ao emprego (estabilidade) têm dimensões diferentes.

(12) Catharino, **op. cit.**, pág. 74.
(13) Catharino, **op. cit.**, pág. 77.
(14) Antonio Lamarca, **Contrato Individual de Trabalho, RT.**, pág. 199.
(15) Cesarino Júnior, **op. cit.**, pág. 80.
(16) **Op. cit.**

Sobre o assunto, CABANELLAS frisa que "uma coisa é a estabilidade no emprego e outra a inamovibilidade absoluta dos trabalhadores. A segunda configura uma tendência na ordem legislativa que impede que o trabalhador possa ser removido sem justa causa do posto que ocupa. A primeira é o direito com que o trabalhador conta para não ser removido do emprego que desempenha, salvo se houver justa causa". (17)

5. CLASSIFICAÇÃO

Quanto à sua extensão, diz-se que a *estabilidade é ampla* quando significa a impossibilidade de despedimento do empregado. RUSSOMANO a denomina *estabilidade absoluta ou própria.* CESARINO JR. fala em *estabilidade própria, real, verdadeira ou absoluta,* para designar a mesma realidade. *Estabilidade restrita* é o complexo de normas que dificultam a rescisão do contrato de trabalho, como indenizações, aviso prévio, suspensões e interrupções, etc. RUSSOMANO prefere falar *estabilidade relativa,* porque "a despedida é, meramente, dificultada através da obrigação do empregador de indenizar" ([18]). CESARINO JR. emprega a expressão *estabilidade imprópria* que ocorre "sempre que se procura conseguir a permanência no emprego tão-somente através da condenação do empregador ao pagamento de uma indenização nos casos de despedida injusta" ([19]).

Quanto à fonte de que emana, a estabilidade pode ser *convencional* ou *normativa,* conforme provenha da autonomia negocial dos interessados ou da norma jurídica.

Quanto ao âmbito pessoal de aplicação, a estabilidade pode ser *geral,* quando instituída genericamente em benefício de todo empregado, ou *especial,* quando beneficia uma determinada categoria (Ex.: bancários, na Argentina).

6. EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

a) *O Direito Público*

A idéia da estabilidade surgiu inicialmente no Direito Público.

A Constituição do Império (art. 149) dispunha que "os oficiais do exército e armada não podem ser privados das suas patentes, senão por sentença proferida em juízo competente". E a Constitui-

(17) **Op. cit.**, pág. 703.
(18) **Op. cit.**, pág. 13.
(19) **Op. cit.**, pág. 16.

ção da República (1891) declarou que "os oficiais do exército e da armada só perderão suas patentes por condenação em mais de dois anos de prisão passada em julgado nos tribunais competentes (art. 76)". Quanto aos juízes federais, assegurou a vitaliciedade (art. 57).

Na vigência da Constituição de 1891, a lei 191-B, de 30 de setembro de 1893, dispõe que os empregados de concurso só poderiam ser demitidos em virtude de sentença judicial, entendendo-se por empregados os funcionários da Fazenda (20).

A estabilidade dos servidores públicos passou a ser uma conquista previstas em diversas leis, a partir da Lei 2.924, de 1915, que proibia a sua livre exoneração desde que com dez anos de serviços, sedimentando-se na legislação posterior, da mesma forma que a vitaliciedade e a inamovibilidade dos magistrados.

b) *A Lei Elói Chaves*

Em 1917 foi apresentada emenda a projeto de lei, prevendo a impossibilidade de despedimento dos operários depois de 5 (cinco) anos de antigüidade no serviço salvo nos casos de infração que permitisse a rescisão contratual, porém não veio a ser acolhida.

No entanto, na *Lei Elói Chaves*, de 24-1-1923, a estabilidade tornou-se uma realidade no Brasil.

O artigo 42, desse diploma legal, dispos o seguinte:

"Depois de 10 anos de serviços efetivos, o empregado das empresas a que se refere a presente lei só poderá ser demitido no caso de falta grave constatada em inquérito administrativo, presidido por um engenheiro da Inspetoria e Fiscalização das Estradas de Ferro".

Destinava-se, como se vê, à proteção dos ferroviários, em benefício dos quais instituia uma Caixa de Aposentadoria e Pensões e assegurava outros direitos, dentre os quais a estabilidade.

Seguiram-se outras leis, estendendo o âmbito de aplicação dessa lei para o pessoal das empresas de navegação marítima ou fluvial (Lei 5.109, de 1926), para o pessoal dos transportes urbanos, luz, força, telefone, telégrafos, portos, águas e esgotos (Decreto 20.465, de 1.°-10-1930; para os bancários (Decreto 24.615, 9-7-1934) (21).

c) *A Lei 62, de 1935*

A Lei 62, de 1935, instituiu a estabilidade de um modo geral para todos os empregados da indústria e do comércio.

O artigo 10 foi redigido nos seguintes termos:

(20) Catharino, **op. cit.**, pág. 185.

(21) D. 24.615, de 9.7.1934, art. 15: "Ao empregado em banco ou casa bancária, a partir da data da publicação do presente decreto, é assegurado o direito de efetividade, desde que conte dois anos ou mais anos de serviços prestados ao mesmo estabelecimento..."

"Os empregados que ainda não gozarem da estabilidade que as leis sobre institutos de aposentadorias e pensões têm criado, desde que contem 10 anos de serviço efetivo no mesmo estabelecimento, nos termos desta lei, só poderão ser demitidos por motivos devidamente comprovados de falta grave, desobediência, indisciplina ou causa de força maior, nos termos do artigo 5.°".

O artigo 5.° enumerou hipóteses de justa causa (22).

Essa generalização da estabilidade para todos os industriários e comerciários, foi recebida por ADAMASTOR LIMA como um considerável dano decorrente para a indústria e o comércio (23). E por HIROSÊ PIMPÃO com as seguintes palavras: "Depois de ter passado uma verdadeira existência trabalhando para o mesmo empregador; depois de ter adquirido grande habilidade no desempenho de um serviço que vem exercendo há longo tempo, seria grave injustiça que a lei permitisse que tais empregados, mediante uma indenização, pudessem ser dispensados. E seria uma injustiça não só porque esses empregados teriam que buscar novo emprego concorrendo com empregados mais novos, menos cansados, sem grandes encargos de família, podendo, por isso mesmo, aceitar condições menos exigentes que as de um empregado velho, cheio de responsabilidade, como também porque tal empregado seria possuído de forte desânimo. Ainda se daria o fato deplorável de um empregado nessas condições adquirir a consciência de que de nada vale esforçar-se, pois depois de ter contribuído para o progresso da empresa, é posto na rua como qualquer empregado com pouco tempo de serviço e sem experiência. Tal empregado, ou teria de começar de novo, sem o entusiasmo de quem vai procurar emprego sem ter tido ainda desilusão alguma, ou se entregaria à fatalidade do destino, indo, de queda em queda, até a mendicância, que é um pesado encargo para a vida do Estado. Para se evitar tudo isso, a lei 62 assegura o direito de estabilidade aos empregados que tenham já trabalhado efetivamente para o mesmo empregador, durante 10 anos. Tais empregados só podem ser dispensados se ocorrer uma das seguintes circunstâncias: a) falta grave; b) desobediência, ou c) um dos casos de força maior, tudo nos termos do artigo 5.°, da Lei 62" (24).

Observe-se, no entanto, que mesmo antes da Lei 62, no plano constitucional, a estabilidade já estava admitida, embora não regulamentada, protegendo algumas categorias profissionais. O artigo 131 da Constituição Federal de 1934, dispunha que "a lei orgânica de empresa estabelecerá regras relativas ao trabalho dos redatores, operários e demais empregados, assegurando-lhes estabilidade e apo-

(22) Ver Capítulo "Justa causa".

(23) **Despedida injusta**, pág. 200.

(24) **Despedida injusta**, pág. 95.

sentadoria". E o artigo 150, letra "f", do mesmo diploma legal, declarava o seguinte: "Compete à União... reconhecimento dos estabelecimentos particulares de ensino somente quando assegurarem a seus professores a estabilidade, enquanto bem servirem, e uma remuneração condigna".

Portanto, o empregado com mais de 10 anos, não podia ser despedido a não ser nos casos expressos na Lei 62, cabendo o direito de reintegração. O processo de investigação da falta grave, pelo Decreto-lei 39, de 3-12-1937, era feito perante as autoridades do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e julgado pelas Juntas de Conciliação e Julgamento. Com a superveniência do Decreto-lei 1.237, de 1939, que organizou a Justiça do Trabalho esses inquéritos administrativos passaram a ser apreciados pelos Conselhos Regionais, cabendo às Juntas apenas tentar a conciliação. Por força do Decreto 2.851, de 1940, passaram, os inquéritos, a ser ajuizados perante as Juntas de Conciliação e Julgamento, no prazo de 30 dias, a partir da suspensão do empregado que incorresse em falta.

No plano constitucional, a Carta de 1937 (art. 137, alínea "f") manteve a estabilidade, da mesma forma que a Constituição de 1946 (art. 157, inciso XII). O Decreto-lei 4.362, de 1942, permitiu a renúncia prévia da estabilidade, para evitar o desemprego dos trabalhadores com mais de 45 anos.

d) *A Consolidação das Leis do Trabalho*

A Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto 5.452, de 1.º-5-1943) dedicou à estabilidade um capítulo especial (Título IV, Capítulo VII, arts. 492 a 500).

Manteve o direito de permanecer no emprego para os empregados com mais de 10 anos de serviço na mesma empresa, abrindo exceções somente quanto à falta grave ou circunstância de força maior devidamente comprovadas, únicos motivos que permitem a rescisão contratual.

Nesses casos, à empresa compete instaurar o inquérito judicial, perante as Juntas de Conciliação e Julgamento, da Justiça do Trabalho, para provar os fatos típicos.

O empregado acusado de falta grave poderá ser suspenso de suas funções, permanecendo essa suspensão até o final do inquérito judicial.

Se provada a falta o contrato de trabalho será judicialmente declarado rescindido a partir da suspensão.

Não demonstrada a imputação feita ao empregado, será reintegrado no emprego, com o direito dos salários bem como demais vantagens econômicas e funcionais gerais verificadas durante o seu afastamento.

Se, a critério do Juiz do Trabalho, a reintegração for desaconselhável, dada a incompatibilidade entre empregado e empregador, será, por ato da autoridade judicial, convertida a reintegração em indenização, cujo valor corresponderá ao dobro da indenização simples normalmente devida em casos de despedimento sem justa causa. A mesma indenização é garantida ao empregado nos casos de extinção da empresa ou fechamento de estabelecimento, filial, agência ou supressão de atividades, bem como desde que ocorra a despedida obstativa, isto é, o despedimento do empregado com mais de 9 (nove) anos sem motivo.

Nem todos os empregados são protegidos pela estabilidade. A lei excluiu do âmbito da sua aplicação os exercentes de cargos de diretoria, gerência e outros cargos de confiança.

O pedido de demissão do estável é cercado de especial cuidado. Só será válido desde que formulado com a assistência do respectivo Sindicato e, onde não o houver, da autoridade do Ministério do Trabalho ou da Justiça do Trabalho.

e) *Constituição de 1967 e a Lei 5.107, de 1966*

A Constituição Federal de 1967 tornou a estabilidade um direito optativo, como frisa LAMARCA.

Dispõe no artigo 158, inciso XIII, o seguinte:

"...estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente".

Assim, ao empregado é dado escolher o regime jurídico a que será submetido na empresa, ou o sistema da Consolidação das Leis do Trabalho que preve um direito de indenização de antigüidade e de estabilidade após 10 anos de serviços prestados ao mesmo empregador ou o regime do fundo de garantia do tempo de serviço, introduzido pela Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966. A escolha de um desses dois regimes jurídicos prejudicará, conseqüentemente, o outro.

7. CONTRATO DE TRABALHO DO ESTÁVEL

a) *Constituição da garantia da estabilidade*

Surge o direito de não ser despedido do emprego quando o empregado completar 10 anos de serviços para o mesmo empregador.

Excluídos serão da contagem da antigüidade do empregado os períodos considerados de suspensão do contrato de trabalho e que, portanto, não se somarão ao seu tempo de serviço para o fim em questão.

Somados serão, no entanto, os períodos descontínuos nos quais o empregado trabalhar para a mesma empresa, salvo aqueles ao fim dos quais tiver sido indenizado ou cometido falta grave.

Já decidiu o Tribunal Superior do Trabalho que "as sucessivas rescisões indenizadas, seguidas de readmissão do empregado, após o término dos correspondentes períodos de aviso prévio, evidenciam fraude à lei que torna inaplicável o estatuído no art. 453 da CLT.

Somam-se, em conseqüência, os diversos períodos a fim de reconhecer a estabilidade empregatícia que as rescisões abusivas visaram evitar" (RR.E. 1.024/68, rel. Min. Arnaldo Sussekind, TP., in RTST, 1969, pág. 167). O mesmo Tribunal julgou que "o empregado estável que continua trabalhando após a indenização e depois de algum tempo é dispensado tem o direito de retornar ao emprego, compensando-se a indenização com os salários a partir da reclamação" (RR. 2.479/69, rel. Min. Aldílio Tostes Malta, 3.ª T., in RTST, 1969, pág. 167).

Nem todos os empregados adquirem a garantia da estabilidade. É o caso dos exercentes de cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, ressalvado o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais (art. 499, CLT).

b) *Estabilidade sindical*

Consiste no direito ao emprego assegurado ao dirigente sindical, qualquer que seja o seu tempo de serviço para o mesmo empregador.

A lei veda a dispensa do empregado sindicalizado, durante o exercício de cargo de direção ou representação sindical (art. 543, § 3.º, CLT). Mais que isso, dispensa a esses trabalhadores a mesma garantia do emprego a partir do momento do registro de sua candidatura a esses cargos e até um ano após o final do mandato (Art. 25, Lei 5.107).

Também o suplente de cargos de direção ou representação sindical tem o mesmo direito (art. 543, § 3.º, CLT).

São cargos de direção sindical os de Presidente do Sindicato, membros da diretoria, membros do conselho fiscal e delegados sindicais, inclusive das Federações e Confederações. Nestas, também os membros do Conselho de Representantes, além dos membros da Diretoria e do Conselho Fiscal, são exercentes de cargo de direção, portanto estáveis.

Cargos de representação sindical são os existentes nas organizações de Direito Público (Estado, Autarquias) ou de Direito Privado (Empresa, etc.), nos quais haja, por lei, a participação de representantes sindicais. Citem-se os cargos de Vogal da Justiça do Trabalho, membros das Comissões Internas de Prevenção de Acidentes de Trabalho (CIPAs), etc.

O Tribunal Superior do Trabalho não reconhece a estabilidade sindical aos dirigentes de associações profissionais e decidiu que "o artigo 543 consolidado, assegurando estabilidade provisória aos membros de entidades profissionais, está inserto em parte da CLT que regula a organização sindical, não protegendo, por conseguinte, os simples dirigentes de meras associações profissionais" (RR. 3.578/68, Ac. de 15-4-69, rel. Min. Fortunato Peres Jr., in RTST, 1969, pág. 166). Já julgou, no entanto, que "goza da estabilidade provisória o suplente de Conselho Fiscal de Sindicato, pois faz parte da diretoria e a todo tempo pode ser convocado" (RR. 996/67, Ac. de 5-6-68, rel. Min. Luís Menossi, in RTST, 1970, pág. 77). Negou, o mesmo Tribunal, ao "delegado sindical designado pela Diretoria e não eleito pela Assembléia", a estabilidade (RR. 4.933/66, Ac. de 27-4-67, rel. Min. Amaro Barreto, in RTST, 1970, pág. 81).

Se reintegrado no emprego, o portador de estabilidade sindical também terá direito aos salários do período do afastamento (Ac. TST., RR. 1.888/67, rel. Min. Fortunato Peres Jr., in RTST, 1970, pág. 76).

A estabilidade sindical objetiva dotar os seus portadores de maior autonomia e liberdade no exercício das suas atribuições como representantes dos interesses dos trabalhadores.

c) *Despedida obstativa*

Denomina-se obstativa a despedida do empregado com o fim de impedir a aquisição da estabilidade no emprego.

A primeira condição para a sua configuração é o *tempo de serviço do trabalhador*. A lei não contém esse dado.

Todavia, segundo a jurisprudência, "presume-se obstativa à estabilidade a despedida, sem justo motivo, do empregado que alcançar nove anos de serviço na empresa" (Súmula n.º 26, Tribunal Superior do Trabalho).

O segundo requisito é a *inexistência de justa causa ou de força maior* para a rescisão do contrato de trabalho.

Assim, se houve culpa do empregado ou se a ele é imputável a responsabilidade pelo fato, não será reconhecida a natureza obstativa do despedimento.

O pressuposto básico dessa figura é, portanto, a fraude.

O Tribunal Superior do Trabalho (RR. 4.298/68, rel. Min. Arnaldo Sussekind, in RTST, 1970, pág. 77) decidiu que "abusa do direito de resilir o contrato de trabalho a empresa que, para reduzir as despesas com o seu quadro de pessoal, despede o empregado especializado com nove anos e onze meses de serviço, ao invés de incidir os cortes sobre empregados mais novos da mesma categoria". Em outro pronunciamento declarou o mesmo Tribunal que "o simples fato de terem sido despedidos vários empregados de seções diversas da empresa não justifica a dispensa do empregado com mais de 9 anos e 6 meses de casa sem motivo ponderável, configurando-se então a dispensa obstativa da estabilidade" (RR. 6.251/65, TP., rel. Min. Délio Maranhão, in RTST, 1970, pág. 80). No entanto, já reconheceu também que "não se pode considerar obstativa da estabilidade a dispensa de empregado com menos de 9 anos e 4 meses de casa, quando se trata de medida de ordem geral destinada a reduzir os gastos, sendo atingidos muitos empregados" (RR. 1.444/67, rel. Min. Charles Edgard Moritz, 3.ª T., in RTST, 1970, pág. 80).

Provada a fraude e configurada, portanto, a despedida obstativa, o direito do empregado será o pagamento de indenização em

dobro. Não será reintegrado no emprego porque não havia ainda atingido a estabilidade. Era, simplesmente, pré-estável. A cominação em dobro tem mais o caráter de uma sanção destinada a coibir a má-fé. Dispõe o artigo 499, § 3.º da CLT que "a despedida que se verificar com o fim de obstar ao empregado a aquisição de estabilidade, sujeitará o empregador a pagamento em dobro da indenização prescrita nos artigos 477 e 478". A mesma orientação da lei foi acolhida pelo Tribunal Superior do Trabalho (RR. 699/67, rel. Min. Raymundo de Souza Moura, 2.ª T., in RTST, 1970, pág. 81).

d) *Modos de extinção*

O contrato de trabalho do estável não é "ad perpetuum" e pode ser extinto nos seguintes casos:

a) *Acordo*

Podem ajustar de comum acordo a rescisão do contrato de trabalho, a empresa e o empregado estável, nada impedindo que tal ocorra.

Basta que haja livre disposição de vontade do empregado.

Porém, o valor mínimo da indenização a ser paga por acordo será de 60% do seu total.

Dispõe o artigo 17, da Lei 5.107 (Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço):

"Os contratos de trabalho que contarem mais de 10 (dez) anos, na data da publicação desta Lei, poderão ser rescindidos a qualquer tempo, por livre acordo entre as partes. E, na ocorrência desta hipótese, o empregado receberá, diretamente do empregador, a importância que convencionar como indenização.

§ 1º — Se o empregado for optante poderá movimentar livremente a conta vinculada depositada a partir da data da opção.

§ 2º — Para a validade do pedido de demissão é essencial o cumprimento das formalidades prescritas no artigo 500 da Consolidação das Leis do Trabalho.

§ 3º — A importância a ser convencionada na forma deste artigo, nunca poderá ser inferior a 60% (sessenta por cento) do que resultar da multiplicação dos anos de serviço contados em dobro, pelo maior salário mensal percebido pelo empregado na empresa".

A base sobre a qual recairá o percentual imposto pela lei como mínimo a ser pago ao estável nos casos de acordo para rescisão do contrato de trabalho será o valor correspondente à indenização calculada em dobro.

Não serão computados para esse fim, salários, férias, décimo terceiro salário, etc. Apenas a indenização de antigüidade, mais nada. Assim, além de 60% da indenização pelo tempo de serviço, o empregado receberá os salários, as férias vencidas e o décimo terceiro salário vencido. Poderá ou não receber outros valores segundo os próprios termos do acordo celebrado.

Será homologado, o acordo, para que tenha eficácia jurídica. O órgão competente para esse fim é o Sindicato e à sua falta, a autoridade pública trabalhista.

Ainda que homologado acordo com pagamento inferior a 60% da indenização, cabe ação judicial de cobrança das diferenças de indenização. Decidiu o Tribunal Regional do Trabalho, de São Paulo que "o artigo 17 da Lei 5.107/66, permitiu o livre acordo para a rescisão dos contratos de mais de dez anos, condicionando-a ao pagamento de importância nunca inferior a 60% do respectivo tempo de serviço e contra o que está expresso em lei não pode prevalecer a vontade das partes". As diferenças de indenização a serem exigidas serão aquelas até o limite mínimo indenizatório de 60%. No entanto, se esse rigor é exigível quanto aos acordos homologados extrajudicialmente, outra poderá ser a solução nos casos de acordos judiciais. Nos inquéritos para apuração de falta grave do empregado estável melhor será, em alguns casos, o acordo ainda que inferior a 60% e desde que, dadas as condições do caso concreto desfavorável ao trabalhador, por certo ser-lhe-á a solução mais benéfica. Daí porque maior liberdade de atuação deve ser reconhecida ao Juiz nesses casos. Ressalte-se também que os acordos judiciais procedidos em processo contraditório, são imutáveis, pois a eles se estende o selo da coisa julgada, já que terão a mesma eficácia da sentença. No entanto, os acordos decorrentes de atos de jurisdição voluntária e os acordos extrajudiciais não se revestem das mesmas características, porque não têm o efeito de coisa julgada.

b) *Demissão*

O estável pode demitir-se extinguindo-se o seu contrato de trabalho por sua iniciativa, portanto.

Diz-se que houve demissão quando o empregado se resolve a dar por findo o contrato de trabalho. Portanto, demissionário é o trabalhador que não deseja mais o emprego e que comunica essa vontade ao empregador.

Nenhuma restrição legal é feita quanto à demissão do estável.

Deve, no entanto, pré-avisar a empresa, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se a uma penalidade consistente na retenção dos salários até o montante do valor do aviso prévio não dado, na forma do artigo 487, § 2º, da CLT.

O estável que pede demissão não terá direito à indenização.

O pedido de demissão do empregado estável precisa ser homologado, na forma do artigo 500, da CLT. Essa formalidade é indispensável para a validade do pedido de demissão. Competente para a homologação será o Sindicato da categoria profissional. Nas localidades onde não existir Sindicato profissional, a homologação é feita pela autoridade competente do Ministério do Trabalho. Também a Justiça do Trabalho tem poderes para a homologação, no entanto somente à falta dos órgãos acima citados.

A readmissão do estável que se demitiu pela mesma empresa importará na soma dos períodos descontínuos de trabalho ?

De um modo geral, essa adição da antigüidade anterior relativa a outro ou outros contratos de trabalho cumpridos com a mesma empresa é admitida nos casos de pedido de demissão. O prejulgado n.º 9, do Tribunal Superior do Trabalho fixou essa orientação: "Em caso de readmissão, conta-se a favor do empregado o período de serviço anterior encerrado com a saída espontânea". Não há, em princípio, nenhuma razão relevante para que outro raciocínio seja feito quando se tratar de demissão de empregado estável. Como conseqüência tem-se que o estável que volta a trabalhar para a mesma empresa depois de se demitir, continuará sendo estável, qualquer que seja o seu tempo de serviço neste segundo contrato. Já iniciará o novo período contratual cercado da garantia da estabilidade que não perdeu e que é reativada com a readmissão.

c) *Extinção da empresa ou de estabelecimento*

A empresa pode extinguir-se por *força maior*.

A lei define força maior como todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente (art. 501, CLT).

Assim, força maior será o acontecimento natural. Exs.: Inundação, terremoto, etc.

Porém, a imprevidência do empregador, exclui a razão de força maior (Art. 501, § 2.º, CLT).

O Tribunal Superior do Trabalho já decidiu que "tem direito à indenização em dobro o empregado estável dispensado face a um incêndio que destrói totalmente o estabelecimento, visto que incêndio não é evento imprevisível" (Ac. de 6-12-67, TP., REM. 5.590/66, rel. Min. Ary Campista, in RTST, 1970, pág. 101).

Portanto, a força maior configura-se em situações excepcionais. Nem mesmo as dificuldades econômico-financeiras da empresa podem ser consideradas como tal, como reconheceu o Tribunal Superior do Trabalho: "Não ocorre a força maior quando a empresa, face à dificuldades financeiras decorrentes da política econômica do governo, fecha alguns de seus setores, continuando a indústria em pleno funcionamento, e nessa hipótese, os empregados estáveis não especializados não podem ser despedidos, devendo ser aproveitados em outro setor da organização" (ERR. 2.434/67, TP., rel. Min. Antônio Alves de Almeida, in RTST, 1970, pág. 103).

CARVALHO DE MENDONÇA [25] entende que "*caso fortuito* é o acontecimento devido às forças da natureza, estranho à obra do homem, como a morte natural, o raio, a chuva, o terremoto, a neve, as inundações, as alterações dependentes da natureza das coisas, a

(25) **Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol. VI, 1ª parte, nº 407, pág. 334.**

moléstia, etc., e *força maior*, que muitos denominam caso fortuito dependente do fato do homem, para distinguí-lo da espécie acima, que chamamos caso fortuito dependente da natureza, é o fato ou obra de terceiro fora de qualquer influência do devedor". CLÓVIS BEVILACQUA, no entanto, faz sinonimia entre força maior e caso fortuito.

Para o Direito do Trabalho interessa apenas verificar se houve uma situação de impossibilidade da continuidade da relação de emprego, decorrente de circunstâncias imprevisíveis e inevitáveis. Como frisa ROBERTO BARRETO PRADO no seu excelente Tratado de Direito do Trabalho [26], "só o fato imprevisível e inevitável passou a ser considerado como excludente da responsabilidade do devedor. Ora, o fato inevitável em relação à vontade do agente vem a ser a força maior. O conceito de caso fortuito, como se vê, foi assimilado ao de força maior".

A força maior pode provocar a extinção da empresa e a conseqüente rescisão do contrato de trabalho do estável pela própria impossibilidade de continuação do negócio.

Ocorrendo motivo de força maior que determine a extinção da empresa, ao estável é assegurada indenização simples (art. 502 n.º I, CLT). A lei foi coerente com o princípio de que a força maior produz a redução do valor das indenizações dos empregados pela metade. Assim, quanto ao estável, também há a mesma redução. Não será indenizado em dobro. Receberá, a título de indenização de antigüidade pela rescisão do contrato de trabalho, o correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço efetivo ou por ano e fração igual ou superior a seis meses (art. 478, CLT).

Nos casos de extinção do estabelecimento em que trabalhe, mas não cessadas as atividades da empresa, também prevalecerá o mesmo critério ?

O artigo 502, da CLT, identifica as situações. A extinção da empresa ou de um dos seus estabelecimentos em que trabalhe o estável, rescindirá o seu contrato de trabalho, garantida a indenização simples.

A circunstância de força maior que não provocar a extinção da empresa ou do estabelecimento no qual o estável trabalhar, autoriza também a rescisão do seu contrato de trabalho ?

O artigo 492 da CLT dispondo que "o empregado que contar mais de dez anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas", deve ser entendido de modo restritivo às hipóteses de cessação da atividade. A força maior é um acontecimento irresistível. Se a empresa a resiste continuando o desenvolvimento das suas atividades, não poderá desfazer-se dos empregados estáveis. Pode, no entanto, o empregador, desde que tenha

(26) **Op. cit., pág. 570.**

suportado prejuízos em razão de força maior, reduzir o salário dos seus empregados, enquanto persistir a situação excepcional, restabelecendo-os integralmente, cessadas as causas determinantes dessa redução. Acrescente-se que se a força maior é resultante de *factum principis* e desde que a empresa ou o estabelecimento onde o estável trabalhar venha a fechar, responsável pelo pagamento das indenizações, também reduzidas pela metade, será o órgão do Poder Público responsável pelo ato de que resultou esse efeito.

Extinguindo-se a empresa ou um dos seus estabelecimentos no qual o empregado estável presta serviços, sem a ocorrência de força maior, ser-lhe-á assegurada indenização em dobro, segundo o que dispõe o artigo 497, da CLT.

Idêntico efeito ocorrerá em se tratando de supressão necessária de atividade, sem ocorrência de motivo de força maior (artigo 498, CLT). Nesta hipótese, os contratos de trabalho dos estáveis que trabalhem nas atividades suprimidas e que não possam ser aproveitados em outras funções correlatas, podem ser rescindidos pelo empregador, mediante o pagamento de indenização em dobro. Se o setor comercial de uma empresa é suprimido, continuando o empreendimento apenas com o setor industrial, podem ser rescindidos os contratos de trabalho dos empregados estáveis do setor comercial.

Pode ser transferido o estável para estabelecimento de outra localidade se extinto o estabelecimento no qual trabalhar ?

O Tribunal Superior do Trabalho já decidiu que "vedada é a transferência do empregado estável para localidade diversa do foro da prestação de serviços em ocorrendo a extinção do estabelecimento, sem motivo de força maior" (Ac. de 20-11-67, TP., REM. 23/66, rel. Min. Thélio da Costa Monteiro, in RTST, 1969, pág. 247). Idêntica orientação foi adotada em outra decisão: "No caso de extinção do estabelecimento, é ilícita a transferência do empregado estável, sendo-lhe assegurado o direito à indenização. O disposto no artigo 469, parágrafo 2.º, da CLT, aplica-se aos empregados em geral, ressalvado o direito dos estáveis na forma do artigo 498, do mesmo estatuto, que lhes assegura situação peculiar" (Ac. de 11-5-67, 2.ª T., RR. 4.665/66, rel. Min. Raymundo de Souza Moura, in RTST., 1969, pág. 249). Também julgou, a Corte Trabalhista, que "a extinção de setor de atividade onde trabalha o empregado estável, sem ocorrência de força maior, não autoriza o empregador a impor sua transferência para outra localidade, com mudança do seu domicílio ou a obrigá-lo a trabalhar na mesma cidade, mas em funções alheias ao contrato. Tratando-se de empregado estável, o art. 498 da CLT é aplicável em detrimento do parágrafo 2.º do art. 469, de forma a assegurar-lhe a indenização de antiguidade em dobro" (Ac. de ...... 25-4-67, 3.ª T., RR. 4.965/66, rel. Min. Arnaldo Sussekind, in RTST, 1969, pág. 250). Pode-se, portanto, concluir que segundo entendimento predominante na Justiça do Trabalho, goza o estável de uma

certa *inamovibilidade*, daí o seu direito à indenização em dobro não só com a extinção, mas também em se tratando de transferência de localidade do estabelecimento ou de toda a empresa ou mesmo do serviço ou setor de trabalho em que é ocupado.

d) *Aposentadoria*

A aposentadoria também desfaz o contrato de trabalho do empregado estável.

Vários são os tipos de aposentadoria concedidos pelo INPS, a saber, aposentadoria por invalidez, por velhice, por tempo de serviço, aposentadoria especial e aposentadoria compulsória.

Tratando-se de aposentadoria compulsória ao estável é garantida a indenização reduzida pela metade. Portanto, o valor dessa indenização corresponderá a um salário por ano de serviços para o mesmo empregador.

Nos demais tipos de aposentadoria, nada será devido ao estável a título de indenização de antigüidade.

e) *Falta grave*

Se o empregado estável incorrer em falta grave, a empresa poderá suspende-lo das funções e ajuizar, em 30 dias, inquérito judicial para a apuração dessa falta que, uma vez reconhecida pela sentença proferida pela Justiça do Trabalho, importará na declaração da rescisão do contrato de trabalho a partir do momento em que o empregado foi afastado.

O empregado perderá, em conseqüência da falta cometida, o direito ao emprego e à indenização de antigüidade. Como a suspensão transforma-se, pela decisão judicial, em rescisão do contrato de trabalho, devidos serão os salários apenas até o último dia de trabalho prestado.

Falta grave e justa causa são figuras idênticas ?

Para EVARISTO DE MORAES FILHO [27] "andou bem a Consolidação quando revestiu de muito maior gravidade a falta cometida por um operário comum, para que só então pudesse justificar a ruptura brusca de um contrato de trabalho de um empregado garantido com a estabilidade legal, isto é, que contasse mais de dez anos de serviço (art. 492). Sem dúvida, quando um trabalhador chega a alcançar tanto tempo de permanência em um mesmo estabelecimento, é sinal que a sua habilidade técnica satisfaz plenamente ao seu patrão, assim como também o seu comportamento nada deixa a desejar. Vale, pois, o tempo de serviço como um atestado de bons antecedentes, que tem de ser levado em conta, como um longo argumento a favor de quem comete a primeira falta grave, superior e bem mais convincente do que qualquer outro... Não quer isto dizer,

(27) **A Justa Causa na Rescisão do Contrato de Trabalho, 1946, RT., pág. 129.**

evidentemente, que o empregado estável, ainda que pratique falta grave, não possa ter seu contrato rescindido pelo empregador. Mas, unicamente, que por isso mesmo que é estável, e tem, daí, aquela presunção em seu favor, faz-se mister que se caracterize com segurança a *gravidade* da falta. Eis, porque um mesmo ato pode significar, ou não, falta grave, segundo se trate de empregado com menos de dez anos de serviço ou não".

BONHOMME ([28]) também entende que as duas figuras são de certo modo distintas, sustentando que "para o trabalhador estabilizado a lei quer que a falta não seja primária e, quando primária, suficientemente grave para incompatibilizar o trabalhador com a empresa onde por um longo período de trabalho conquistou o direito de permanência nos quadros".

WAGNER GIGLIO ([29]), em magnífica lição, ensina que "há uma nítida distinção legal, que valoriza diferentemente as denominações "justa causa" e "falta grave", impedindo a equiparação entre ambas e obrigando o intérprete a diferenciar o uso delas. Falta grave é a justa causa, prevista no artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, que por sua natureza ou repetição, autoriza a dispensa do empregado estável, isto é, daquele que tem dez anos ou mais de casa. Desta forma, se toda falta grave envolve uma justa causa para despedida do empregado, seja ele estável ou não, a recíproca não é verdadeira: nem toda justa causa constitui falta grave autorizadora da dispensa do estável. Mera questão de gradação, portanto". Cita, o ilustre jurista, jurisprudência em abono da sua tese ([30]). Parece-nos correta essa orientação, justificando-se plenamente a avaliação específica para a ação ou omissão do estável, dada a sua própria condição de empregado que por mais de 10 anos presta serviços ao mesmo empregador, com passado funcional idôneo. Como frisa LAMARCA ([31]), "as faltas são as mesmas do artigo 482, entretanto, é necessário que, por sua *repetição* ou *natureza,* impliquem séria violação dos deveres do empregado". Não discrepa a jurisprudência mais recente do Tribunal Superior do Trabalho: "A falta primária, sem qualquer conseqüência no âmbito da empresa, não justifica a rescisão do contrato de trabalho de empregado estável e de ótimos antecedentes" (1.ª T., RR. 3.210/68, rel. Min. Antônio Alves de Almeida, in RTST., 1970, pág. 170); "A falta para ser grave, com teor rescisivo de contrato estável, é necessário que implique em séria violação dos deveres do empregado, por sua natureza ou repetição. A embriaguez verificada antes do empregado entrar em serviço — no que foi impedido — justifica a advertência para se corrigir, sendo estável e sem faltas" (TP., RR. 1.230/68, rel. Min. Amaro Barreto, in RTST., 1970, pág. 171). Portanto, a falta grave que autoriza a suspensão do estável para a propositura do inquérito judicial destinado a obter o pronunciamento judicial rescindindo o seu contrato de trabalho configura-se com a prática dos atos típicos assim considerados pelo legislador quanto aos empregados em geral (art. 482, CLT e outras leis), porém revestidos de uma gravidade maior, quer pela sua repetição, quer pela sua natureza.

(28) **Despedida Justa,** Ed. Guaíra, 1944, pág. 54.

(29) **Justa causa para despedimento do empregado,** ed. Florença, 1966, pág. 36.

(30) Ac. TST., 3ª T., proc. 3.046/54, rel. Délio Maranhão; Ac. TST., TP., proc. 3.046/54, rel. Júlio Barata.

(31) **Contrato Individual de Trabalho,** RT., 1969, pág. 422.

f) *Despedimento indireto*

Despedimento indireto ou autodespedimento é a rescisão do contrato de trabalho pelo empregado tendo em vista uma justa causa praticada pelo empregador.

Pode o estável considerar-se despedido, desde que o empregador incorra numa das faltas enumeradas no artigo 483, da CLT.

Terá, nesse caso, que ingressar com a reclamação judicial visando o reconhecimento da falta e o direito à indenização em dobro.

O afastamento do empregado marcará o fim da relação de emprego, para todos os efeitos. Discutir-se-á, tão-somente, o direito à indenização. Não reconhecida a falta, nada será devido ao empregado a esse título.

Cabe saber se não provada a falta do empregador e desde que a reclamação judicial tenha sido ajuizada com a permanência do empregado estável no emprego, a sentença rescindirá o contrato de trabalho? Entendemos que não. Não havendo o afastamento do empregado para propor a ação o contrato de trabalho continua em pleno desenvolvimento. Não foi suspenso, interrompido ou rescindido. Está em vigor. Paralelamente o processo judicial tramitará. Se a falta atribuída pelo empregado ao empregador não existiu ou não é reconhecida pela inexistência de provas, ao Juiz não é dado extinguir o vínculo empregatício que permanece eficaz. O emprego é um bem cuja manutenção é do interesse social. Portanto, prosseguirá a relação de emprego normalmente, como se nada tivesse ocorrido.

g) *Culpa recíproca*

Culpa recíproca é o concurso material de faltas, do empregado e do empregador, ambas concomitantemente determinantes da rescisão do contrato de trabalho.

Em havendo culpa recíproca, o empregado cometeu uma falta, daí porque o empregador, para obter a declaração judicial da rescisão do contrato de trabalho, terá que instaurar o inquérito competente.

Porém, como também houve uma falta grave cometida pelo empregador, nada impede que o empregado se afaste do emprego,

ajuizando reclamação trabalhista nos mesmos termos do despedimento indireto.

Reconhecida a culpa recíproca, será assegurada indenização pela metade. Vale dizer que o estável receberá a título de indenização de antigüidade o valor equivalente a um mês de salário por ano de emprego.

8. INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

RUSSOMANO, **A Estabilidade do Trabalhador na Empresa**, Ed. Konfino, 1970.

JOSÉ MARTINS CATHARINO, **Em defesa da Estabilidade**, LTr., s/d.

CESARINO JÚNIOR, **Estabilidade e Fundo de Garantia**, Forense, 1968.

BOLDT, DURAND, HORION, KAYSER, MENGONI e MOLENAAR, **La Stabilità dell'impiego nel Diritto del paesi membri della C.E.C.C.**, Giuffrè, 1958.

PALMIRO BOGLIANO, **La Estabilidad en el Contrato de Trabajo**, B.A., 1957.

ERNESTO R. KATZ, **La estabilidad en el empleo**, Depalma, 1957.

CAPÍTULO XXVI

FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO

1. **Antecedentes.**
2. **Normas jurídicas.**
3. **Fins.**
4. **Âmbito pessoal e material.**
5. **Organizações.**
6. **Depósitos.**
7. **Opção.**
8. **Retratação.**
9. **Documentação.**
10. **Saques.**
11. **Estimativa jurídica.**
12. **Indicações bibliográficas.**

1. ANTECEDENTES

A estabilidade do trabalhador no emprego é uma instituição considerada, pelo legislador brasileiro, eivada de defeitos, resumidos por RUSSOMANO (1) nos seguintes: "a) Fraude reiterada à estabilidade, através de negociações ocultas, sob a forma de demissão espontânea; b) Despedidas precoces (antes de estar completo o longo período de dez anos exigido para aquisição do direito), embora com pagamento da indenização prevista em lei; c) Incompatibilidade psicológica entre as partes da relação de emprego, oriunda da aquisição do privilégio de permanência na empresa, como fator de irritação do empresário ante o trabalhador

(1) **A Estabilidade do Trabalhador na Empresa**, 1970, ed. Konfino, pág. 93.

que se tornou inamovível e de jactância ou impertinência do trabalhador investido daquele direito excepcional. Esses fatos revelaram que havia "algo" de errado na legislação nacional (porque a burla da lei, na prática, reduzia a importância do instituto jurídico), com reflexos negativos no tocante à produtividade do empreendimento e à prosperidade geral do País (por aquele clima de animosidade criado entre o empregador e o trabalhador)".

Daí porque, manifestando o firme propósito de encontrar melhores soluções para o problema e dotar a nossa ordem trabalhista de outros instrumentos jurídicos, o governo empenhou-se em rever a estabilidade.

1) **Discurso de 28.2.1966, pronunciado pelo Presidente da República, na** Assembléia Legislativa de Minas Gerais (in, Saad, Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, 1969, LTr. Editora, pág. 10): "Burlado pelos patrões e deformado pela escassa minoria dos trabalhadores que o alcançam, o instituto da estabilidade tornou-se um autêntico instituto de inquietação. A situação atual estimula o empregador a usar artifícios e a buscar, de qualquer modo, a dispensa por justa causa a fim de se livrar do ônus latente, ou, então, a evitar que o empregado atinja os 10 anos, indenizando-o antes de completar esse tempo, pelo receio de indisciplina e descaso pela produtividade do trabalhador que atinge a estabilidade"; 2) Estatísticas do Ministério do Trabalho revelaram que somente 15% dos empregados gozavam de estabilidade nas empresas mais antigas, e apenas 1% nas empresas modernas (IAPI, Mensário Estatístico-Atuarial, Rio, 1966, ns. 160 a 164); 3) **Exposição de motivos do anteprojeto da Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço:** "O instituto da estabilidade, nas atuais condições sociais e econômicas brasileiras, longe de corresponder a uma vantagem efetiva para os empregados, voltou-se contra eles, pelo menos para a grande maioria, deixando assim de preencher a finalidade inicialmente pretendida, quando de sua generalização há mais de 30 anos, transformando-se em um obstáculo à sua própria segurança no emprego".

Dentre as soluções aventadas para a superação das dificuldades, destacaram-se as seguintes:

1) A instituição de um *seguro-desemprego*, propósito inicial do Ministério do Planejamento e Coordenação Econômica (in Programa de Ação Econômica do Governo para o biênio 1964-1966) e que não logrou maior acolhida, porque esse seguro-desemprego, como mostra SAAD (2) "é de implantação demorada e difícil, eis que tal modalidade de seguro social exige uma série de providências preliminares em que avultam o perfeito conhecimento e controle do mercado de trabalho através de atualizadas estatísticas e a organização do serviço de reemprego. Ora, o mercado de trabalho brasileiro, continua sendo uma grande incógnita. Ninguém possui, sobre ele, informações exatas e indispensáveis à eficácia do seguro-desemprego. Quanto ao serviço de reemprego, nada existe de parecido, no país".

(2) **Op. cit., pág. 13.**

2) A *supressão, pura e simples, da estabilidade* com a instituição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, idéia que estava nas cogitações iniciais dos reformadores e que esbarrou, no entanto, em forte resistência dos trabalhadores "contra essa flagrante subtração de seus direitos tradicionais, conquistados após mais de trinta anos de lutas penosas" (3), além de não encontrar suporte na opinião dos juristas, dentre os quais CESARINO JÚNIOR e JOSÉ MARTINS CATHARINO.

3) *Manutenção do regime da estabilidade* com a implantação, paralela, do sistema do *Fundo de Garantia do Tempo de Serviço*, oferecida ao trabalhador a oportunidade de escolher dentre os dois regimes, solução que prevaleceu. Assim, instituiu-se no Brasil uma opção, a indenização com estabilidade ou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

2. NORMAS JURÍDICAS

O complexo de normas jurídicas que regulam o sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, pode ser assim resumido:

a) *Constituição Federal (1969), artigo 165, inciso XIII,* que dispõe: "estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou Fundo de Garantia equivalente", norma que, segundo LAMARCA, significa um direito constitucional de opção pelo trabalhador e que de acordo com ALUYSIO SAMPAIO, é deferido ao legislador.

b) *Lei 5.107, de 13-9-1966,* com modificações introduzidas pelo Decreto-lei 20, de 14-9-1966, diploma legal fundamental do sistema do Fundo de Garantia e que regula a sua estrutura básica.

c) *Ordem de Serviço FGTS - POS n.º 01/71,* do Banco Nacional da Habitação, portaria que, explicitando a lei, fixa as regras destinadas à aplicação do sistema em consonância com a rede bancária, regulando a dinâmica do seu funcionamento.

d) *Decreto n.º 59.820, de 20-12-1966,* que regulamenta a Lei 5.107.

3. FINS

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço visa proporcionar recursos que, administrados pelo Banco Nacional da Habitação, são investidos num plano de construção de habitações populares.

Paralelamente, o seu objetivo é a gradativa eliminação da estabilidade do trabalhador no emprego, não de modo impositivo, mas através da oportunidade de escolha e julgamento do próprio interessado.

(3) **Russomano, op. cit., pág. 99.**

Se o propósito inicial foi o de não violentar a vontade do trabalhador, a experiência revelou que a opção pelo sistema do Fundo de Garantia tornou-se verdadeira condição de admissibilidade dos candidatos a emprego, em face da preferência dos empregadores por esse regime.

4. AMBITO PESSOAL E MATERIAL

A legislação do Fundo de Garantia é aplicável a *empregados* e *avulsos*.

Avulso é "todo trabalhador sem vínculo empregatício que, sindicalizado ou não, tenha a concessão de direitos de natureza trabalhista executada por intermédio da respectiva entidade de classe" (Portaria n.º 3.107, de 7-4-1971, MTPS).

As empresas requisitantes de serviço de trabalhadores avulsos, sindicalizados ou não, devem recolher, até o último dia do mês em agência do Banco do Brasil (no caso, o único Banco Depositário), da localidade em que os trabalhadores tiverem executado as tarefas, os depósitos devidos ao Fundo de Garantia, correspondentes a 8% das remunerações brutas a que os aludidos trabalhadores tenham feito jus no mês anterior, inclusive percentuais referentes a férias e décimo-terceiro salário, respectivamente, de 5,56% e 8,34% da remuneração paga.

Portanto, os tomadores de serviços de trabalhadores avulsos são equiparados às empresas (POS 1/71).

Também os menores e mulheres, desde que empregados, estão abrangidos pela lei.

Do mesmo modo, os altos empregados e os empregados exercentes de cargos de confiança.

Como o regime do Fundo de Garantia é aplicável somente aos empregados regidos pela CLT, excluídos estão do seu âmbito os empregados domésticos e os trabalhadores rurais (CESARINO JÚNIOR, ALUYSIO SAMPAIO, JÚLIO MALHADAS e GABRIEL SAAD).

Também o empreiteiro operário ou artífice, que não é juridicamente empregado, está fora do alcance da lei.

Todas as empresas estão sujeitas às obrigações decorrentes da legislação do Fundo de Garantia.

No entanto, as entidades de fins filantrópicos gozam do privilégio de não cumprir os depósitos bancários (DL. 194, de 24-2-1967), se assim o dispuserem, porém essa prerrogativa refere-se à isenção do depósito mas não do dever de ressarcir o empregado. Nos casos de extinção ou rescisão do contrato de trabalho, essas entidades deverão pagar diretamente a seu empregado, optante ou não optante, com menos de um ano de serviço, quantia igual ao depósito bancário, com correção monetária e juros.

Também o Poder Público, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, em relação ao pessoal admitido pelo regime da CLT, são equiparados às empresas.

Profissionais liberais, associações e sociedades civis, fundações, enfim todos os empregados (Art. 2, CLT), igualmente acham-se submetidos à mesma legislação.

As empresas rurais, todavia, não.

O sistema é compatível com qualquer tipo de contrato de trabalho, por prazo indeterminado, por prazo determinado, de experiência, de aprendizagem ou a domicílio.

5. ORGANIZAÇÕES

Para o desenvolvimento do programa do Fundo de Garantia, contribuem diversas organizações:

a) *Banco Nacional da Habitação* (BNH).

É uma empresa pública gestora do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, segundo planejamento elaborado por um *Conselho Curador*, integrado por um representante do Ministério do Trabalho, um representante do Ministério do Planejamento e Coordenação Econômica, um representante das categorias profissionais e um representante das categorias econômicas e o Presidente do BNH, que o presidirá. Os representantes dos Ministérios são designados pelos repectivos Ministros. Os representantes das categorias, são eleitos pelo período de 2 anos, pelas respectivas Confederações, em conjunto. Os membros representantes têm suplentes.

Ao *Conselho Curador* compete: 1) Decidir, mediante proposta do BNH, sobre: a) programa de aplicação dos recursos do FGTS, considerada, globalmente, a parcela destinada ao BNH; b) o orçamento-programa do FGTS; c) os atos normativos que se refiram à gestão e aplicação dos recursos do FGTS; 2) Apreciar as contas relativas à gestão do FGTS; 3) Dirimir dúvidas, quanto à aplicação do regulamento do FGTS, nas matérias de sua competência.

Ao Banco Nacional da Habitação cabe: a) Praticar todos os atos necessários à eficiente gestão do FGTS, de acordo com os planos e normas gerais aprovadas pelo Conselho Curador; b) Submeter ao Conselho Curador, devidamente fundamentadas, as propostas relacionadas com o programa de aplicação de recursos e dúvidas de aplicação da regulamentação do FGTS; c) Submeter ao exame do Conselho Curador, as contas relativas à gestão do FGTS; d) Proporcionar ao Conselho Curador os meios de secretariado e assessoria necessários ao exercício das suas atribuições.

As despesas decorrentes da gestão do FGTS pelo Banco Nacional da Habitação serão custeadas com os diferenciais de juros obtidos nas operações de aplicação dos recursos.

Os recursos do FGTS são aplicados com correção monetária e juros de mora, de modo a assegurar cobertura de suas obrigações. Para esse fim, o BNH opera diretamente ou através de agentes financeiros. Essas operações, realizadas em consonância com a política monetária traçada pelo Conselho Monetário Nacional, devem preencher os seguintes requisitos: a) garantia real; b) correção monetária; c) rentabilidade superior ao custo do dinheiro depositado, inclusive juros. Serão prioritários os investimentos para execução do programa habitacional do BNH.

O BNH restitui ao Fundo, acrescidos de juros e correção monetária, os recursos postos à sua disposição sob a forma de depósitos ou empréstimos.

b) *Agentes financeiros*

Agentes financeiros são os órgãos com os quais o BNH poderá operar na execução do programa de investimentos dos recursos provenientes do FGTS.

Poderão ser agentes financeiros do BNH, para a aplicação desses recursos, o *Banco do Brasil S/A*, o *Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico*, os *Bancos regionais e estaduais de desenvolvimento*, as *companhias estaduais de desenvolvimento*, os *Bancos oficiais* e de *economia mista* e as demais entidades integrantes do sistema financeiro de habitação, assim definidas na legislação pertinente. Esses órgãos são considerados agentes financeiros especiais.

Também os *Bancos de Investimento*, as *sociedades de créditos*, de *financiamento* e de *investimento* e os *Bancos comerciais*, mediante convênio e credenciamento, serão considerados agentes financeiros do BNH.

c) *Banco Centralizador*

Em cada região geo-econômica, delimitada pelo BNH, é credenciado um *Banco Centralizador* que creditará e comunicará ao BNH as importâncias transferidas pelos *Bancos Depositários*.

d) *Bancos Depositários*

São os Bancos nos quais as empresas fazem os depósitos mensais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Esses Bancos serão aqueles que as empresas livremente escolherão na rede bancária.

Cabe aos *Bancos Depositários*, através das emprêsas, fornecer aos empregados optantes, extrato anual de suas contas vinculadas, devendo, ainda, atender aos pedidos de informações que lhes sejam feitos pelos empregados, por intermédio do respectivo sindicato, ou na falta deste, diretamente pelos interessados.

Também às empresas, os *Bancos Depositários* prestarão as informações necessárias.

Esses Bancos abrirão as contas relativas aos empregados das emprêsas e que serão de dois tipos, *contas-vinculadas* em nome dos empregados que optaram pelo FGTS e *contas-individualizadas* em nome das emprêsas, referentes aos empregados não optantes, cujos nomes serão relacionados.

Aos *Bancos Depositários* compete fazer a movimentação dos depósitos do FGTS nos casos de saques e transferências previstos em lei.

e) *Instituto Nacional de Previdência Social*

O INPS é órgão fiscalizador, junto das empresas, do cumprimento das obrigações decorrentes do sistema do Fundo de Garantia.

Poderá levantar débitos porventura existentes e promover a respectiva cobrança judicial e administrativa.

f) *Justiça do Trabalho*

Compete à Justiça do Trabalho solucionar os dissídios judiciais resultantes do sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

As ações trabalhistas serão de *jurisdição voluntária* (Ex.: expedição de alvará para levantamento dos depósitos), ou *contenciosa* (Ex.: reclamação do empregado contra a empresa que não efetuou depósitos).

A competência da Justiça do Trabalho ocorrerá nas questões entre empregado e empregador, podendo o BNH e o INPS figurarem como litisconsortes (Art. 22, Lei 5.107).

6. DEPÓSITOS

a) *Conceito*

Considera-se de depósito o contrato pelo qual uma pessoa, denominada depositário, recebe coisa móvel para guardar, até que essa coisa venha a ser reclamada.

Assim, no sistema do Fundo de Garantia, depósito significa o contrato no qual figuram as *empresas*, os *Bancos Depositários* e o *BNH*.

Porém, depósito quer dizer, também, o *valor* objeto desse contrato.

b) *Valor*

O valor dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço corresponde a 8% da remuneração paga ao empregado em cada mês.

A empresa tomará por base a folha de pagamento.

Assim, os depósitos a serem efetuados pelas empresas recairão sobre as remunerações pagas a todos os seus empregados, optantes ou não optantes e não somente àqueles.

Remuneração, no sentido doutrinário, é o gênero que abrange todas as modalidades de retribuição contínua. Assim, a remuneração compreende não só o salário fixo, pago com base no fator tempo (salário-hora, salário-dia, salário-mensal), como aquele cuja base é o fator produção (salário por peça, por produto, por metro de pano confeccionado, etc.), como os salários por tarefa.

Também remuneração serão os adicionais (horas extras, periculosidade, insalubridade, noturno, transferência) pagos habitualmente. O "Seminário de Brasília" [4] concluiu que mesmo pago sem caráter habitual, o adicional de horas extras deve ser computado.

Da mesma maneira o serão as gratificações habituais, o décimo-terceiro salário, os prêmios, as diárias e ajudas de custo impróprias, as participações, etc.

Enfim, remuneração é o ganho habitual do trabalhador, em função dos serviços prestados ao empregador.

Sob o prisma legal, remuneração também será a gorjeta, apesar de ser paga por terceiros.

Assim, o percentual de 8% que a empresa recolherá mensalmente aos Bancos Depositários, recairá sobre a remuneração.

c) *Paralisações do contrato*

O empregado poderá permanecer afastado do emprego durante determinados períodos, fenômenos denominados de suspensões e interrupções do contrato de trabalho.

De um modo geral, as interrupções do contrato de trabalho, afastamentos nos quais a empresa é obrigada a continuar pagando salário (Ex.: férias, auxílio-maternidade, etc.), não a desoneram dos recolhimentos dos depósitos do FGTS e as paralisações denominadas suspensões do contrato de trabalho, inatividade do empregado sem direito a salário, os recolhimentos dos depósitos devem cessar.

O artigo 9.º do Regulamento do FGTS dispõe o seguinte:

"§ 1.º O depósito de que trata este artigo é também exigível nos seguintes casos de afastamento do serviço do empregado:

a) para prestação do serviço militar;
b) por motivo de doença, até 15 dias;
c) por acidente de trabalho;
d) por motivo de gravidez e parto;
e) por outros motivos também admitidos em lei que interrompem o contrato de trabalho.

§ 2.º Nas hipóteses previstas no § 1.º, a percentagem incidirá, durante o período de afastamento, sobre o valor contratual mensal da remuneração, inclusive a parte variável calculada segundo os critérios da CLT.

(4) **Seminário sobre aspectos jurídicos do FGTS, Brasília, de 11 a 14-3-1968, pág. 80. A Súmula 63, do TST, confirma a orientação.**

§ 3.º Durante o curso do afastamento, a remuneração será atualizada, para efeito da incidência da percentagem, sempre que ocorrer aumento geral na empresa ou na categoria a que pertencer o empregado.

§ 4.º O depósito a que se refere este artigo é ainda exigível quando o empregado passar a exercer cargo de diretoria, gerência ou outro de confiança imediata da empresa, incidindo a percentagem sobre a remuneração neste percebida, salvo se a do outro cargo efetivo for maior".

d) *Espécies*

Além dos depósitos mensais de 8%, as empresas tinham que efetuar um depósito de 10% sobre os valores correspondentes à conta do empregado optante despedido sem justa causa e no momento em que a rescisão do contrato de trabalho ocorrer. Esse percentual será de 5% nos casos de rescisão do contrato de trabalho decorrente de culpa recíproca ou de fôrça maior. Hoje, esse pagamento é direto.

Também serão depositados os valores da indenização do empregado, relativos ao tempo de serviço anterior à opção, desde que a empresa pretenda desobrigar-se desse ônus.

As indenizações decorrentes do despedimento do empregado optante contratado a prazo certo, antes do termo final do contrato, também serão depositadas.

Do mesmo modo, as indenizações do empregado aposentado compulsoriamente.

Juros, correção monetária e multas decorrentes de depósitos com atraso, serão, igualmente, depositados pelas empresas, nos Bancos depositários.

Acrescente-se que os depósitos judiciais para fins de recursos nas reclamações trabalhistas (Art. 899, CLT), também são efetuados no Fundo de Garantia.

e) *Prazos*

Os depósitos mensais referentes às remunerações dos empregados são procedidos pelas empresas até o último dia do mês seguinte ao da aquisição do direito à remuneração.

Nos casos de extinção do contrato de trabalho, o depósito deve ser feito na data em que esse fato ocorrer, ou pagamento será direto.

Os depósitos de indenizações terão o seu momento de efetivação condicionado à época dos respectivos eventos que as motivam.

f) *Multas, Juros e Correção Monetária*

As empresas que não realizarem os depósitos correspondentes à remuneração dos empregados nos prazos indicados, sujeitam-se às seguintes multas:

5% quando o atraso não exceder de 30 dias;
10% quando o atraso exceder de 30 dias e não ultrapassar 180 dias;
10% por semestre ou fração, quando o atraso for superior a 180 dias, limitado a 30%.

Quando o atraso ultrapassar o trimestre civil, a emprêsa responderá pela correção monetária e pela capitalização dos juros.
Os depósitos vencerão juros e correção monetária, em benefício dos empregados.

A capitalização dos juros, antes progressiva (3% durante os dois primeiros anos de permanência do empregado na mesma empresa; 4% do terceiro ao quinto ano; 5% do sexto ao décimo ano; 6% do décimo primeiro ano em diante) passou a ser fixa, no valor de 3%, assegurados os direitos adquiridos.

Nos despedimentos com justa causa o empregado perde o direito a esses acessórios.

g) *Transferências*

Ocorrendo extinção do contrato de trabalho sem o direito do empregado optante ao levantamento dos depósitos, será procedida a transferência desses valores para o Banco Depositário com que operar o novo empregador do emprego em que o trabalhador vier a ser admitido.

h) *Devoluções*

Cabe devolução dos depósitos às empresas em algumas hipóteses, de um modo geral nos casos de extinção de contrato de trabalho de empregados não-optantes, de importâncias indevidamente recolhidas e, em alguns casos, de contas inativas, assim consideradas aquelas paralisadas por mais de dois anos.
Os saques serão enumerados em separado.

i) *Natureza jurídica*

Qual a natureza jurídica dos depósitos do Fundo de Garantia ?
Não há uniformidade na doutrina, sendo conhecidas as seguintes orientações:

1) *Teoria do tributo*

Os depósitos do Fundo de Garantia têm natureza tributária, mais precisamente um tributo paralelo ao arrecadado pelo Estado como receita orçamentária, em face dos seus fins sociais, tendo como fato gerador o pagamento do salário ao empregado.

2) *Teoria da contribuição previdenciária*

É a tese sustentada por GABRIEL SAAD, para quem "o depósito bancário a que estão obrigadas as empresas é mais contribuição de caráter previdenciário do que indenização". Houve, realmente, um propósito inicial do legislador, não inteiramente solidificado, no sentido de revestir o Fundo de Garantia de caráter previdenciário, tanto assim que confiou a fiscalização do seu cumprimento ao Instituto Nacional de Previdência Social. Também PIRES CHAVES entende que há aspectos preponderantemente previdenciários na instituição em questão.

3) *Teoria da indenização*

O Fundo de Garantia, como substituto das indenizações de antigüidade do empregado, conservaria esse mesmo caráter e natureza jurídica.

4) *Teoria da natureza dupla*

Procura discriminar os depósitos do Fundo de Garantia, dando-lhes natureza diversa. ALUYSIO SAMPAIO afirma o seguinte: "...os depósitos do Fundo de Garantia não têm uma natureza jurídica comum. Identifica-os, apenas, a natureza geral a eles de serem depósitos bancários, sendo que em garantia, relativamente ao empregado não optante. Os depósitos mensais na conta-optante resultam, juridicamente, da responsabilidade objetiva do empregador. O acréscimo devido na despedida sem justa causa preserva integralmente a natureza jurídica da indenização de antigüidade, prevista na CLT, na qual a responsabilidade objetiva do empregador é mitigada pela responsabilidade subjetiva do empregado".

5) *Teoria do salário diferido*

É sustentada por SUSSEKIND e PUECH. Entendemos, também, que para os empregados optantes desapareceu a indenização, surgindo em seu lugar um salário depositado para utilização futura.

7. OPÇAO

Opção é a preferência que o trabalhador manifesta pelo regime do Fundo de Garantia.
Optante, será, portanto, o trabalhador que formalmente escolheu o sistema em questão.
A opção é ato do trabalhador e não do empregador. Na prática, irregularidades inúmeras surgem, consistentes na imposição do sistema do Fundo de Garantia ao empregado, como condição de sua admissibilidade no emprego. Também em relação aos trabalhadores cujos contratos de trabalho acham-se em curso, muitos são levados a optar pelo Fundo de Garantia para não perderem o emprego.

a) *Vigência*

A vigência da opção formulada pelo empregado, estender-se-á até a extinção do respectivo contrato de trabalho em razão do qual foi manifestada.

A retratação também porá fim à vigência dos efeitos da opção. Assim, como frisa ALUYSIO SAMPAIO [5], "a opção restringe-se aos limites temporais do contrato de trabalho em virtude do qual foi declarada... Saliente-se, também, que a opção não é perene em relação a um mesmo empregador, porque não é feita em razão da pessoa deste, mas em razão do contrato de trabalho. Desta sorte, o empregado optante que, depois de rescindido o seu contrato de trabalho, celebrar novo contrato de trabalho com o mesmo empregador, de novo terá o direito de optar ou não pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço". Também GABRIEL SAAD [6] tem igual opinião: "Estamos convencidos de que a opção é válida, apenas, para o contrato de trabalho a que se referir. Operando-se mudança de emprego e de empregador, recupera o empregado, em toda a sua plenitude, a liberdade de escolher o regime legal — o da CLT ou da Lei 5.107 — que há de reger a nova relação de trabalho".

b) *Formalidades*

A opção pressupõe forma escrita.

O empregado assinará declaração na qual expressa-se pelo sistema do Fundo de Garantia, portanto instrumento particular.

Serão procedidas anotações da opção na Carteira de Trabalho e Previdência Social, do empregado, bem como na ficha de registro.

c) *Prazo*

A opção pode ser formulada pelo empregado quando admitido pelo empregador ou a qualquer tempo durante o curso da relação empregatícia.

Todavia, se a opção é manifestada após 365 dias da data da admissão no emprego para o pessoal admitido depois do advento da Lei 5.107, ou da data de início da vigência da lei para o pessoal cujos contratos de trabalho estavam em desenvolvimento quando da superveniência da lei, mudará a sua forma, que será a declaração devidamente homologada pela Justiça do Trabalho.

d) *Efeitos*

Com a opção o empregado: a) se é estável perde o direito à estabilidade podendo ser despedido a qualquer momento; b) se não estável, cessa a contagem de antigüidade para o fim de aquisição da estabilidade; c) o tempo de serviço para o fim de indenização deixará de correr, substituída que fica a indenização pelos depósitos do Fundo de Garantia; d) torna-se titular de conta bancária vinculada cujos saques são regulados não pela sua vontade mas por disposições regulamentares; e) jamais sairá do seu patrimônio o

(5) **Op. cit., pág. 105.**
(6) **Op. cit., pág. 29.**

valor dos depósitos do Fundo de Garantia, embora nem sempre venha a ter o direito de movimentá-los; ainda que não ocorram em vida as causas jurídicas de movimentação dos depósitos, os seus dependentes serão beneficiados; f) continuará a ter a sua situação jurídica trabalhista regida pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho e leis especiais, salvo quanto à estabilidade e indenização.

8. RETRATAÇÃO

a) *Conceito*

Retratação é a desistência da opção.

A retratação da opção é o seu desfazimento pelo empregado arrependido de have-la feito (CESARINO JÚNIOR). Na acepção da lei, significa o ato pelo qual o empregado revoga a sua opção, destruindo os efeitos que ela determinaria (BARATA SILVA). É a retirada da declaração de opção pelo regime do FGTS, anteriormente feita, a fim de que o contrato de trabalho volte a ser regido, quanto à garantia do tempo de serviço, pelas normas componentes do regime da estabilidade com indenização, ou, mais precisamente, pelas disposições contidas nos Capítulos V e VII da Consolidação das Leis do Trabalho (ALUYSIO SAMPAIO).

b) *Forma*

A retratação é procedida mediante ato homologado pela Justiça do Trabalho (Lei 5.107, § 4.°, art. 1.°). Nenhuma validade terá a retratação por instrumento particular, feita na própria empresa, sem a homologação judicial.

c) *Prazos e condições*

Nem sempre a opção será retratável, pois devem ser observadas as seguintes condições: 1) não poderá retratar-se o empregado que tiver movimentado os depósitos do Fundo de Garantia (Lei 5.107, art. 1.°, § 4.°); b) também é irretratável a opção se o empregado transacionou com o empregador o direito à indenização correspondente ao tempo de serviço anterior à opção (Lei 5.107, art. 1.°, § 5.°); c) deve ser manifestada dentro do prazo legal de 365 dias a partir da opção e desde que esteja em curso o contrato de trabalho. Incabível é a retratação, mesmo nesse prazo, desde que extinto o contrato de trabalho. Entende ALUYSIO SAMPAIO que os períodos de suspensão do contrato de trabalho não devem ser computados na contagem do prazo para retratação. RUSSOMANO sustenta que "a opção se deve ter efetuado dentro do prazo estabelecido pelo art. 1.°, § 1.° (Lei 5.107), isto é, dentro de doze meses a partir da vigência da nova legislação ou da data da admissão do emprego, quando o contrato de trabalho houver sido celebrado após o advento do Fundo de Garantia" [7]. Vale dizer que para os con-

(7) **Op. cit., pág. 103.**

tratos de trabalho em curso à data do início da vigência da lei, a opção formulada depois de 365 dias seria irretratável, nesses casos, mesmo porque *judicial*. Acrescenta RUSSOMANO: "O ponto nevrálgico está no fato de que *a retratação não é admitida* sempre que o trabalhador houver optado depois do prazo do § 1.º, do art. 1.º, da Lei 5.107 (isto é, mediante declaração chancelada pela Justiça do Trabalho). Essa norma restringe os efeitos da retratação, que deixa de ser, por isso, como parece à primeira vista, uma abertura liberal em defesa da livre manifestação de vontade do trabalhador. Se a decisão da Justiça do Trabalho, ao apreciar a opção extemporânea, é meramente homologatória, não vemos razão para impedir a retratação, sempre admitida quando a opção se realiza perante o empresário. A homologação judicial não é requisito exigido para impedir a coação patronal. Se fosse assim, deveria ser obrigatória em todos os casos de opção. Trata-se de medida de cautela em virtude da extemporaneidade da declaração do trabalhador. A retratação, por sua vez, não está adstrita a casos de nulidade da opção anterior. É puro e simples jogo de vontade. A homologação judicial fortalece a idéia de sua legitimidade; não deve, porém, excluir a retratação que revisa ato legítimo" (8).

d) *Efeitos*

Da retratação válida resultam os seguintes efeitos: a) o valor da conta vinculada do empregado é transferido para a conta individualizada da empresa; b) o período compreendido entre a opção e a retratação não é computado para fins de estabilidade; c) será contado, todavia, para os fins de indenização (art. 7º, Decreto n.º 59.820, 20-12-1966); d) se antes da opção o empregado era estável, revitaliza-se a estabilidade no emprego, a partir da retratação; e) será reiniciada a contagem do tempo de serviço, interrompida com a opção, para fins de estabilidade do empregado não estável.

9. DOCUMENTAÇÃO

A dinâmica do sistema do Fundo de Garantia criou um relacionamento complexo entre empresas, bancos e órgãos públicos, daí surgindo a necessidade de uma documentação ampla destinada à sua melhor exeqüibilidade.

Os documentos previstos pelas leis, decretos e portarias são os seguintes:

1.*GR* — *Guia de Recolhimento* dos depósitos feitos nos Bancos Depositários pelas empresas, por estas expedida para cada mês de competência, padronizada em três vias, destinadas ao BNH, à própria empresa e ao Banco Depositário, com a especificação dos dados sôbre o recolhimento. **Quando há atraso no recolhimento, a guia é a GRA.**

(8) **Op. cit., pág. 104.**

2.*RE* — *Relação de Empregados* optantes e não optantes, em grupos distintos, elaborada mensalmente ou trimestralmente, de acordo com entendimento da empresa com o Banco Depositário, com base na qual são abertas as contas bancárias vinculadas, em nome dos optantes, e individualizadas, quanto aos não optantes.

3.*AM* — *Autorização de Movimentação* dos depósitos do Fundo de Garantia, documento através do qual são efetuados os saques; é expedido pela empresa.

4.*AMC* — *Autorização de Movimentação coletiva de Contas Vinculadas* pelas empresas.

5.*RDA* — *Relação de depósitos em atraso.*

6.*NDFG* — *Notificação para Depósitos do Fundo de Garantia* emitida pelo Instituto Nacional de Previdência Social e destinada às empresas que, segundo a fiscalização, devem efetuar depósitos não procedidos regularmente.

7.*RTA* — *Relação de Trabalhadores Avulsos,* destinada ao Banco Depositário.

8.*GR* — *Guia de Ressarcimento* de saques.

9.*ST* — *Solicitação de Transferência* expedida pela emprêsa ao admitir empregado que seja titular de conta vinculada por ser optante do Fundo de Garantia e que não levantou o depósito no emprego anterior; é destinada ao Banco Depositário que providenciará a transferência do depósito. Essa providência é adotada quando o empregado optar pelo FGTS no nôvo emprego.

10.*GD* — *Guia de Devolução* de importâncias indevidamente recolhidas pelo FGTS, encaminhada pela empresa à Unidade Regional do BNH, com a demonstração do erro, destinada a obter a devolução das importâncias recolhidas a mais.

11.*ADG* — *Autorização para Dedução em Guias de Transferência de Arrecadação,* das importâncias transferidas a maior.

12.*GTA* — *Guia de Transferência de Arrecadação.*

13.*AR* — *Aviso de Recolhimento.*

14.*AMC* — *Autorização para movimentação coletiva de conta vinculada.*

15.*AJ* — *Alvará Judicial* expedido pela Justiça do Trabalho para levantamento de depósitos nos casos conflitantes ou duvidosos, bem como em decorrência de processos trabalhistas.

16.*DTR* — *Demonstrativo de Transferência* do Banco Depositário.

17.*SMP* — *Solicitação para movimentação de contas paralisadas.*

18.*RDAg* — *Relação discriminada de agências.*

19.*RS* — *Resumo dos saldos das Contas a Transferir.*

10. SAQUES

Saque é uma emissão de ordem de pagamento dos depósitos do Fundo de Garantia, para que o beneficiado possa efetuar o competente levantamento dos valores a que tem direito, sujeita, no entanto, não à livre disposição da autonomia da vontade dos interessados, mas à ocorrência das hipóteses típicas previstas na regulamentação legal.

Assim, a utilização dos depósitos bancários é ato vinculado à vontade da lei e não confiado ao poder discricionário dos particulares.

Cumpre-se, dessa maneira, um dos fins objetivados pelo FGTS, a poupança obrigatória e, portanto, a sua natureza quase previdenciária.

Na escolha dos fatos considerados propícios para a utilização do Fundo, o legislador esforçou-se para atender, de um lado aos interesses dos trabalhadores em suas necessidades econômicas mais significativas, de outro lado aos interesses do Poder Público e dos investimentos para o programa de construção de casas próprias que desenvolve. Procurou-se um ponto de equilíbrio entre as duas tensões, fixado em termos não inteiramente desejáveis mas, de um modo geral, bastante próximo do razoável.

a) *Sujeitos*

Podem efetuar saques dos depósitos do Fundo de Garantia os *trabalhadores* abrangidos pelo sistema, a saber, *empregados optantes* e *avulsos*. No entanto, também as *empresas*, obrigadas a fazer os depósitos sobre a remuneração paga aos não optantes, podem obter a devolução desses valores, de acordo com algumas condições. Excepcionalmente, o *empregado não optante* também pode sacar, no caso de rescisão do contrato de trabalho pela empresa, sem justa causa, antes de completar um ano de serviço (Cód. 14).

b) *Valor*

Não há uniformidade no *valor* dos depósitos a serem levantados pelos trabalhadores. Poderá ser *parcial* ou *total*. *Depósito parcial* é aquele limitado às importâncias depositadas num contrato de trabalho ao qual se refere. *Depósito total* é aquele que abrange o valor total dos recolhimentos com que o trabalhador viu-se beneficiado durante todo o tempo em que foi optante, nos diversos empregos ou atividades que exerceu. Mais comuns são os depósitos parciais. Também os acessórios variarão, porque em algumas hipóteses o trabalhador levantará o principal com acréscimos, de 10% ou de 5%, pagos pelas empresas, juros e correção monetária, em outros casos perderá esses acessórios.

c) *Época*

Os depósitos são levantados ou *no curso* da relação de emprego, como no caso de necessidade grave e premente, ou na sua *extinção*, como no despedimento sem justa causa, aposentadoria, etc. Muito limitados são os primeiros.

d) *Órgãos*

As *empresas* expedem a *AM — Autorização para Movimentação* dos depósitos, documentos utilizados pelos trabalhadores para fazer os saques nos Bancos Depositários. Em alguns casos, era necessária autorização da *Delegacia Regional do Trabalho* para a eficácia da *AM* emitida pela empresa, hipóteses enumeradas na Portaria 1/71, do BNH, a que correspondem os códigos de n.os 15 a 31, a saber: a) aplicação de capital em atividade empresarial; b) aquisição de moradia; c) necessidade grave e premente, por doença ou desemprego; d) aquisição de equipamento para atividade autônoma; e) casamento; f) sucessão; g) saques pelas empresas (Códigos 24 a 31). Ao *INPS* compete dar autorização para os saques de reembolso de despesas, nos casos de necessidade grave e premente. O *Sindicato* da categoria profissional expedirá a *AM* dos trabalhadores avulsos. A *Coordenação Regional do FGTS*, do *BNH*, emite autorização para levantamentos nos casos não previstos. A *Justiça do Trabalho* expedirá *alvarás* para levantamento decorrentes de processos judiciais e demais casos conflitantes ou duvidosos.

e) *Hipóteses*

As hipóteses nas quais a regulamentação do FGTS permite o saque dos depósitos são as seguintes:

a) *Saques pelos empregados optantes*:

1) *Despedimento sem justa causa e despedimento indireto*, casos nos quais a empresa terá que pagar 10% do montante da conta do empregado, acrescida de juros e correção monetária; será parcial, correspondendo ao período de trabalho na empresa em que se tiver verificado a despedida;

2) *culpa recíproca ou fôrça maior*, reduzindo-se para 5% o acréscimo a ser pago pela empresa que despediu o empregado o qual levantará valor equivalente aos depósitos do contrato de trabalho;

3) *extinção total da empresa, fechamento de estabelecimento, filial ou agência ou supressão de atividade*, ocasiões nas quais o saque será também parcial limitando-se aos recolhimentos efetuados pela empresa no contrato de trabalho;

4) *término do contrato de trabalho por prazo determinado*, quer pela expiração do prazo, quer pelo término da obra, no valor correspondente ao contrato de trabalho;

5) *aposentadoria*, comprovada por documento do INPS ou órgão equivalente, no valor total do Fundo, somadas as importâncias remanescentes, relativas aos recolhimentos efetuados pelas diferentes empresas nas quais o empregado, como optante, trabalhou; em se tratando de aposentadoria compulsória, a empresa depositará também a indenização prevista na Lei Orgânica de Previdência Social;

6) *Despedimento sem justa causa antes do termo final de contrato a prazo*, no valor correspondente ao período de trabalho do contrato, inclusive o depósito complementar destinado a assegurar ao empregado a indenização prevista no artigo 479 da CLT; assim, mesmo optante, o empregado terá direito à indenização legal, cabendo à empresa pagá-la diretamente, compensados os valores já existentes nesse depósito e até o limite dos mesmos;

7) *acordo para rescisão do contrato de trabalho* do empregado que era estável por ocasião do advento da legislação do Fundo de Garantia (14-9-1966), tendo optado, na época ou depois, no valor total dos depósitos do Fundo;

8) *aplicação de capital em atividade comercial, industrial ou agropecuária*, provada com certidão de arquivamento dos atos constitutivos da firma individual ou coletiva, fornecida pela Junta Comercial, decorrente de rescisão do contrato de trabalho; o valor do saque será total, no entanto se despedido sem justa causa perderá o valor correspondente à correção monetária e aos juros capitalizados, do contrato de trabalho em que o fato ocorreu;

9) *aquisição de moradia própria*, segundo as instruções do BNH;

10) *necessidade grave e premente, pessoal ou familiar, no caso de desemprego, em conseqüência de rescisão do contrato de trabalho;* necessária será prova de desligamento da empresa, há mais de 30 dias, mediante a anotação da Carteira de Trabalho, suprida por outros meios e atestado de desemprego fornecido pelo Sindicato da categoria profissional, também suprido por outros meios de prova; o valor do saque será de 60% da última remuneração percebida pelo trabalhador, no primeiro e segundo meses de desemprego, de 40% no terceiro e quarto meses e de 20% no quinto e sexto meses de desemprego, cessando, a partir desse momento, os levantamentos que serão, portanto, mensais, renovados dentro do semestre segundo solicitação do interessado;

11) *doença*, pessoal ou familiar, para cobertura das despesas realizadas, desde que o INPS tenha admitido reembolso, no valor dos gastos médicos e hospitalares, hipóteses nas quais a AM deve receber autorização do INPS;

12) *aquisição de equipamento destinado a atividade autônoma*, em conseqüência de rescisão do contrato de trabalho mediante apresentação das faturas das compras e Carteira de Trabalho, no valor global das faturas, observado o limite dos depósitos; se o empregado foi despedido com justa causa, os juros e correção monetária, perdidos em virtude da falta, não serão computados no depósito base para esse limite;

13) *casamento da empregada do sexo feminino* com rescisão do contrato de trabalho, devidamente comprovada com a Carteira de Trabalho e certidão de casamento, no valor total dos depósitos dos períodos em que a empregada foi, em qualquer emprego, optante do fundo de garantia;

14) *morte do empregado optante*, provada pelos seus dependentes inscritos na Previdência Social com certidão de óbito, no valor total dos depósitos que serão divididos entre os dependentes de acordo com rateio.

b) *Saques pelos empregados não optantes*

Os empregados não optantes, com menos de um ano de casa, cujos contratos de trabalho foram rescindidos pela empresa, por despedimento sem justa causa, poderão sacar os depósitos efetuados pelo empregador na *conta não optantes*, no valor equivalente aos recolhimentos referentes ao contrato de trabalho. Dispõe o artigo 18, da Lei 5.107, que a conta individualizada do empregado não optante, dispensado sem justa causa antes de completar um ano de serviço, reverterá a seu favor. Assim, a lei beneficia o trabalhador, criando uma verdadeira indenização para o empregado despedido sem justa causa com menos de um ano de casa, inovando em nosso sistema. Como frisa ALUYSIO SAMPAIO (8-A), o empregado "tem, destarte, direito a essa indenização por tempo de serviço, além de aviso prévio, férias proporcionais e 13.º salário também proporcional". Na POS 1/71, o Código 14 prevê essa hipótese.

c) *Saques pelas empresas*

Os depósitos feitos pelas empresas nos Bancos Depositários referentes aos *empregados não optantes* podem ser reavidos em alguns casos.

É o que ocorre quando há pagamento de indenização a empregado, na rescisão de contrato de trabalho, por despedimento sem justa causa, despedimento indireto, acordo, culpa recíproca, força maior, extinção de estabelecimento ou aposentadoria compulsória, mediante apresentação do competente recibo do pagamento.

Também nos casos de pedido de demissão do empregado com mais de um ano de casa; se inferior a um ano a antigüidade, os depósitos reverterão para o fundo de garantia.

De um modo geral, as contas não-optantes dos empregados com mais de um ano de serviço na mesma empresa, podem ser reavidas (POS 1/71, BNH).

(8-A) **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Estabilidade com Indenização, RT., 1971.**

d) *Saques pelos trabalhadores avulsos*

Cabe ao Sindicato representativo da categoria profissional do trabalhador avulso o fornecimento e preenchimento do AM, fazendo-o nas seguintes circunstâncias:

a) Aposentadoria;

b) Aplicação de capital em atividade comercial, industrial ou agropecuária coincidente com rescisão do contrato de trabalho;

c) aquisição de moradia própria, segundo instruções do BNH;

d) necessidade grave e premente, pessoal e familiar, por motivo de doença;

e) aquisição de equipamento destinado a atividade autônoma, coincidente com rescisão do contrato de trabalho;

f) sucessão, beneficiando os dependentes filiados à Previdência Social.

11. ESTIMATIVA JURÍDICA

O fundo de garantia do tempo de serviço não foi recebido com muito entusiasmo pelos juristas.

Para CESARINO JR. (9), a nova legislação "pretende substituir a estabilidade, que é por sua própria natureza insubstituível, por nada, ou talvez, melhor, apenas pelo desespero dos trabalhadores. É ela, práticamente, o começo do fim do nosso Direito Social". O ilustre professor entende que a estabilidade no emprego devia ser adquirida logo no primeiro ano de serviço na mesma empresa e a sua exata significação é a de garantia de permanência do trabalhador na empresa, daí a ineficácia de qualquer outra medida, como a do fundo de garantia, que vise tão-somente dar um correspectivo econômico. Como a opção pelo sistema do fundo de garantia implica na perda da estabilidade, conquista considerada máxima do Direito do Trabalho, CESARINO JR. sustenta que não é vantajoso para o trabalhador faze-lo. A nova lei "substitui a preocupação com a dignidade da pessoa humana que, no íntimo, caracteriza o Direito Social, pela alucinação da produtividade a todo preço. Enquanto em todo o mundo se marcha para uma cada vez maior integração do empregado na empresa (obviamente na mesma empresa), passando-se assim, aos poucos, de um Direito Tuitivo do Trabalho, para um Direito Estrutural do Trabalho, no Brasil se retrocede a um verdadeiro mercantilismo próprio do século XIX e inconcebível neste".

GABRIEL SAAD (10), analisando a fraude dos empregadores prejudicando a aquisição, pelos empregados, dos seus direitos, especialmente a estabilidade, sustenta que a nova lei "é um marco, no processo evolutivo do nosso Direito do Trabalho, a denunciar

(9) **Estabilidade e Fundo de Garantia, Forense, 1968.**

(10) **Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, LTr., 1969.**

nova orientação no disciplinamento das relações de trabalho. É de ontem essa lei. Não houve tempo, ainda, para produzir os efeitos que dela se esperam. Mas não resta dúvida de que se trata de interessante tentativa de eliminação de alguns males cujas raízes se encontram nas deficiências da Consolidação das Leis do Trabalho".

RUSSOMANO (11), em estudo profundo, entende que "o primeiro erro dessa legislação reside no fato de que a mesma resultou de meditações e articulações que tiveram por berço e cenário o Ministério do Planejamento e, não, o Ministério do Trabalho. A audiência do primeiro era aconselhável, indispensável mesmo, pois ali se encontravam, então, os melhores técnicos brasileiros e suas opiniões, em última análise, eram vitais para a instalação no País, de um sistema da natureza do Fundo de Garantia. O equívoco residiu em se haver minimizado o papel do Ministério do Trabalho no estudo do problema..." Frisa que "a legislação do Fundo de Garantia representa um passo atrás, no direito positivo brasileiro", apontando, como razões, "a posição incômoda (e intolerável) de acessório secundário da empresa, removível segundo o critério exclusivo do empregador", em que se acha o trabalhador; a facilidade no despedimento dos empregados permitido pelo "pagamento antecipado, em módicas prestações mensais, da indenização de antigüidade, devida, em princípio, no ato da rescisão contratual"; a supressão da estabilidade, que considera "princípio luminoso do Direito do Trabalho nesta segunda metade do nosso século". Assim, para o Min. RUSSOMANO, o "fundo de garantia é, intrìnsecamente, nocivo aos interesses do trabalhador, considerados esses interesses, de forma macroscópica, dentro da empresa e da comunidade". Porém, vê alguns aspectos positivos no novo sistema, sobretudo considerados aspectos pessoais e particulares de determinado trabalhador, como no caso da aposentadoria, falecimento e despedimento, com justa causa, força maior ou culpa recíproca, bem como nos casos de término do contrato a prazo, quando usufruirá, ou seus dependentes, pagamentos desconhecidos no sistema da Consolidação das Leis do Trabalho. Aduziu também que "se fizermos o confronto, de lápis na mão, entre as cifras indenizatórias asseguradas pela Consolidação e pelo Fundo de Garantia, concluiremos que este é mais vantajoso". Propõe, no entanto, que as vantagens concedidas ao trabalhador optante, venham a ser outorgadas também aos não optantes e defende a sobrevivência da estabilidade, não como privilégio de uma minoria que completa 10 anos de casa, mas direito genericamente assegurado a todos, depois de vencido o prazo experimental da prestação de serviços: "O Fundo de Garantia será aquilo que seu nome diz que ele é: a certeza do pagamento da indenização correspondente ao tempo de serviço ou das

(11) **A estabilidade do trabalhador na emprêsa, Konfino, 1970.**

reparações pecuniárias resultantes da reintegração. Não haverá, pois, opção entre o sistema do Fundo de Garantia e a estabilidade. O primeiro será a garantia da segunda, na medida em que esta determine pagamentos em dinheiro. O Fundo de Garantia, constituído pela contribuição individualizada do empregador em relação a todos os trabalhadores da empresa, será a certeza antecipada de que aquilo que a estabilidade assegurar, pecuniariamente, ao trabalhador, não ficará dependendo dos azares notórios da execução de sentença ou das disponibilidades efetivas do empresário". Daí porque o grande jurista brasileiro preconiza a soma dos dois sistemas, considerando-a perfeitamente plausível.

ALUYSIO SAMPAIO [12], em alentada obra sobre o tema, mostra-se cauteloso em suas conclusões: "Com efeito, não se pode negar que a Consolidação das Leis do Trabalho, no seu complexo de normas relativas à estabilidade, visa proteger o trabalhador no emprego, procurando assegurar sua permanência na relação empregatícia. Mas, por outro lado, não propicia ao trabalhador a certeza de que receberá a indenização nos casos de insolvência ou extinção de empresa; nem tampouco garante um pecúlio aos seus dependentes em caso de falecimento. O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, por seu turno, assegura ao trabalhador o direito à indenização em qualquer hipótese de rescisão contratual (o que é uma vantagem), mas facilita em demasia a possibilidade de o empregador despedir o empregado, o que enfraquece o princípio do direito à permanência no emprego".

LAMARCA [13], com muita segurança, afirma que a nova lei significa "um regime verdadeiramente estatutário para os trabalhadores brasileiros. A contratualidade cedeu o passo à institucionalidade. Quem adere ao estatuto e não se retrata em tempo hábil, a ele fica jungido..." Para o insigne Juiz, um dos principais efeitos do novo sistema é o esvaziamento das questões trabalhistas na esfera judicial, decorrente da perda de significado econômico dos despedimentos dos empregados.

DÉLIO MARANHÃO [14] escreve que "a nova forma de indenizar o tempo de serviço do empregado não é de modo algum incompatível com a garantia da estabilidade: a lei poderia perfeitamente instituir aquela, sem excluir esta". Acrescenta que "num país em que a esmagadora maioria da mão-de-obra se compõe de empregados não qualificados e de precoce envelhecimento, a estabilidade é uma garantia socialmente necessária".

---

(12) **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Estabilidade com Indenização**, RT., 1971.

(13) **Contrato Individual de Trabalho**, RT., 1969.

(14) **Direito do Trabalho**, FGV., 1971.

REGIS TEIXEIRA [15] entende que o fundo de garantia "trouxe alguns aspectos positivos no campo da proteção", apontando "a possibilidade de indenização em casos de aposentadoria e morte (com levantamento dos depósitos), a possibilidade de que a empregada possa levantar os depósitos feitos, quando do casamento, o cuidado e providências saneadoras para dar amparo ao empregado com menos de um ano de serviço e injustamente despedido..." Porém, frisa que por maiores que sejam essas vantagens não se igualarão à da estabilidade.

ORLANDO GOMES e ELSON GOTTSCHALK [16] acham que "o novo regime, conquanto tenda à eliminação da garantia considerada de suma importância para os trabalhadores em geral, favorece sob muitos aspectos, inclusive o de permanência no emprego, porquanto, na prática, o interesse patronal de evitar que o empregado adquirisse estabilidade conduzia ao propósito inevitável de se desfazer o empregador até de bons empregados, despedindo-os antes de completarem dez anos de serviço".

CANTO RUFINO [17] também propõe a unificação dos dois sistemas: "a conciliação desses dois institutos — já consagrada em lei em benefício do trabalhador investido de mandato sindical — deverá resultar de reforma do sistema jurídico que estabeleça uma forma de abrandamento do instituto da estabilidade, capaz de resguardar interesses superiores da empresa, pois esta, concebida como uma comunidade de trabalho, deverá ser considerada e atuar como um organismo social, *com o fim último, fundamental, de buscar o bem comum da sociedade*".

Assim, segundo a opinião predominante e a título de síntese, podem ser alinhadas as seguintes conclusões: a) A estabilidade no emprego é considerada um direito trabalhista fundamental e o seu desaparecimento importaria num retrocesso do próprio Direito do Trabalho, diante do seu significado social; b) O sistema do fundo de garantia do tempo de serviço traz algumas vantagens aos trabalhadores, decorrentes da certeza de percepção de pagamentos em determinadas hipóteses para as quais a Consolidação das Leis do Trabalho em nada os beneficiava; c) O ideal seria a conjugação dos dois sistemas jurídicos, garantindo-se ao trabalhador a estabilidade no emprego e estendendo-se as vantagens do fundo de garantia de um modo geral, a optantes e não optantes.

12. INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

RUSSOMANO, **A Estabilidade do Trabalhador na Empresa**, 1970, ed. Konfino.

GABRIEL SAAD, **Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço**, LTr., 1969.

---

(15) **Direito do Trabalho**, Sugestões Literárias, 1968.

(16) **Curso de Direito do Trabalho**, Forense, 1968.

(17) **Integração dos Institutos da Estabilidade e do Fundo de Garantia**, LTr., 33/143.

CESARINO JÚNIOR, **Estabilidade e Fundo de Garantia**, Forense, 1968.

ALUYSIO SAMPAIO, **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Estabilidade com Indenização**, RT., 1971.

ANTONIO LAMARCA, **Contrato Individual de Trabalho**, RT., 1969.

REGIS TEIXEIRA, **Direito do Trabalho**, Sugestões Literárias, 1968.

CANTO RUFINO, **Integração dos Institutos da Estabilidade e do Fundo de Garantia**, LTr., 33/143.

OSIRIS ROCHA, **A opção pelo FGTS e o tempo anterior de serviço**, LTr., 33/57.

NÍVIO DE OLIVEIRA BATISTA, **O período anterior à opção pelo fundo de garantia do tempo de serviço**, LTr., 33/60.

WASHINGTON LUIZ DA TRINDADE, **Investigação sobre a justa causa no tempo de serviço anterior à opção**, LTr., 33/243.

JOÃO ANTÔNIO G. PEREIRA LEITE, **Garantia do tempo de serviço no contrato a prazo determinado**, LTr., 33/257.

ARNALDO SUSSEKIND, **As horas extraordinárias e os depósitos do fundo de garantia do tempo de serviço**, LTr., 33/125.

AMARO BARRETO, **Adicional de periculosidade e insalubridade. Incidência do porcentual relativo ao FGTS**, LTr., 33/129.

CÉLIO GOYATÁ, **O fundo de garantia do tempo de serviço e as transações com empregados estáveis e não estáveis para efeito de opção**, LTr., 32/131.

CARLOS ALBERTO GOMES CHIARELLI, **Efeitos do aviso prévio ante a estabilidade e o fundo de garantia**, LTr., 32/413.

FLORIANO CORRÊA VAZ DA SILVA, **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Declaração do empregado reconhecendo justa causa. Sua ilegalidade**, LTr., 32/556.

CARLOS DENIS MACHADO, **Ato de opção pelo sistema do fundo de garantia**, LTr., 32/559.

ANTERO DE CARVALHO, **Regime do fundo e retratação**, LTr., 32/557.

ELSON GUIMARÃES GOTTSCHALK, **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço**, LTr., 32/719.

LUIZ ROBERTO DE REZENDE PUECH, **Transação do tempo de serviço anterior à opção sem rescisão do contrato de trabalho, Empregado não estável, possibilidade de pagamento direto**, Seminário sobre aspectos jurídicos do FGTS, Brasília, 1971.

CLOVIS MARANHÃO, **Entidades filantrópicas**, Seminário sobre aspectos jurídicos do FGTS, Brasília, 1971.

CARLOS ALBERTO BARATA SILVA, **Opção e Retratação**, Seminário sobre aspectos jurídicos do FGTS, Brasília, 1971.

GERALDO STARLING SOARES, **Possibilidade do levantamento do saldo da conta vinculada por empregado optante**, Seminário sobre aspectos jurídicos do FGTS, Brasília, 1971.

CARLOS ALBERTO BARATA SILVA, **Época própria para efetivação do depósito relativo ao FGTS sobre o 13º salário**, Seminário sobre aspectos jurídicos do FGTS, Brasília, 1971.

CAPÍTULO XXVII

JUSTA CAUSA

1. CONCEITO

A rescisão do contrato de trabalho pode ser determinada por um motivo provocado pela outra parte, revestido de determinadas características que impedem o prosseguimento da relação de emprego. Torna-se, em conseqüência, impossível ou muito difícil a continuidade do vínculo contratual, diante das circunstâncias que envolvem essa situação. Se esse motivo é provocado pelo empregado, ao empregador é dado despedi-lo por *justa causa*. Se, no entanto, o próprio empregador o fizer, assegura-se ao empregado dar por rescindido o contrato de trabalho por *despedimento indireto*.

A justa causa é, portanto, uma noção técnico-jurídica fundamentada numa razão ética ou econômica ou, mesmo, pragmática, enunciada diversamente nos sistemas jus-trabalhistas de cada país.

SOUZA NETTO (1) assim o considera "todas aquelas que tornam impossível a continuação do contrato, tendo em vista a confiança e boa fé que devem existir entre os contratantes". Para

(1) **Da rescisão do contrato de trabalho de duração indeterminada**, Saraiva, 1937, pág. 73.